COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE AU MANDAT D'ARRÊT DU 11 AVRIL 2000

(RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO c. BELGIQUE)

ARRÊT DU 14 FÉVRIER 2002

2002

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE ARREST WARRANT OF 11 APRIL 2000

(DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO *v.* BELGIUM)

JUDGMENT OF 14 FEBRUARY 2002

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE AU MANDAT D'ARRÊT DU 11 AVRIL 2000

(RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO c. BELGIQUE)

ARRÊT DU 14 FÉVRIER 2002

2002

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE ARREST WARRANT OF 11 APRIL 2000

(DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO *v.* BELGIUM)

JUDGMENT OF 14 FEBRUARY 2002

Mode officiel de citation:
Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt,
C.I.J. Recueil 2002, p. 3

Official citation:
Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment,
I.C.J. Reports 2002, p. 3

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070940-3

N° de vente:
Sales number **837**

14 FÉVRIER 2002

ARRÊT

MANDAT D'ARRÊT DU 11 AVRIL 2000
(RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO c. BELGIQUE)

ARREST WARRANT OF 11 APRIL 2000
(DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO *v.* BELGIUM)

14 FEBRUARY 2002

JUDGMENT

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

2002
14 février
Rôle général
n° 121

ANNÉE 2002

14 février 2002

AFFAIRE RELATIVE AU MANDAT D'ARRÊT DU 11 AVRIL 2000

(RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO c. BELGIQUE)

Circonstances de l'affaire — Emission, par un juge d'instruction belge, d'un « mandat d'arrêt international par défaut » à l'encontre du ministre des affaires étrangères en exercice du Congo, l'inculpant d'infractions graves aux conventions de Genève de 1949 et aux protocoles additionnels y relatifs, ainsi que de crimes contre l'humanité — Diffusion internationale du mandat d'arrêt par le biais d'Interpol — Intéressé ayant cessé par la suite d'exercer la fonction de ministre des affaires étrangères.

* *

Première exception de la Belgique — Compétence de la Cour — Statut de la Cour, paragraphe 2 de l'article 36 — Existence d'un « différend juridique » entre les Parties au moment du dépôt de la requête introductive d'instance — Evénements postérieurs au dépôt de la requête ne privant pas la Cour de sa compétence.

Deuxième exception de la Belgique — Non-lieu — Fait que l'intéressé n'exerce plus la fonction de ministre des affaires étrangères ne mettant pas un terme au différend entre les Parties et ne privant pas la requête de son objet.

Troisième exception de la Belgique — Recevabilité — Faits sur lesquels reposait la requête introductive d'instance n'ayant pas été modifiés de manière telle que le différend initialement porté devant la Cour ait été transformé en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même.

Quatrième exception de la Belgique — Recevabilité — Action du Congo ne visant pas à protéger l'un de ses ressortissants — Non-applicabilité des règles concernant l'épuisement des voies de recours internes.

Argumentation subsidiaire de la Belgique — Règle non ultra petita *— Requête introductive d'instance exposant que la prétention de la Belgique à exercer une compétence universelle en émettant le mandat d'arrêt est contraire au droit international — Question non reprise dans les conclusions finales du*

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2002

2002
14 February
General List
No. 121

14 February 2002

CASE CONCERNING THE ARREST WARRANT OF 11 APRIL 2000

(DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO *v.* BELGIUM)

Facts of the case — Issue by a Belgian investigating magistrate of "an international arrest warrant in absentia *" against the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Congo, alleging grave breaches of the Geneva Conventions of 1949 and of the Additional Protocols thereto and crimes against humanity — International circulation of arrest warrant through Interpol — Person concerned subsequently ceasing to hold office as Minister for Foreign Affairs.*

* *

First objection of Belgium — Jurisdiction of the Court — Statute of the Court, Article 36, paragraph 2 — Existence of a "legal dispute" between the Parties at the time of filing of the Application instituting proceedings — Events subsequent to the filing of the Application do not deprive the Court of jurisdiction.

Second objection of Belgium — Mootness — Fact that the person concerned had ceased to hold office as Minister for Foreign Affairs does not put an end to the dispute between the Parties and does not deprive the Application of its object.

Third objection of Belgium — Admissibility — Facts underlying the Application instituting proceedings not changed in a way that transformed the dispute originally brought before the Court into another which is different in character.

Fourth objection of Belgium — Admissibility — Congo not acting in the context of protection of one of its nationals — Inapplicability of rules relating to exhaustion of local remedies.

Subsidiary argument of Belgium — Non ultra petita *rule — Claim in Application instituting proceedings that Belgium's claim to exercise a universal jurisdiction in issuing the arrest warrant is contrary to international law — Claim not made in final submissions of the Congo — Court unable to rule on that ques-*

Congo — La Cour ne pouvant trancher cette question dans le dispositif de son arrêt, mais pouvant en aborder certains aspects dans les motifs de cet arrêt.

* *

Immunité de juridiction pénale et inviolabilité à l'étranger d'un ministre des affaires étrangères en exercice — Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, préambule et article 32 — Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 — Convention de New York sur les missions spéciales du 8 décembre 1969, paragraphe 2 de l'article 21 — Règles de droit international coutumier — Nature des fonctions exercées par un ministre des affaires étrangères — Fonctions d'un ministre des affaires étrangères exigeant que, pendant toute la durée de sa charge, celui-ci bénéficie à l'étranger d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales — Absence de distinction dans ce contexte entre les actes accomplis à titre «officiel» et ceux qui l'auraient été à titre «privé».

Absence d'exception à l'immunité de juridiction pénale et à l'inviolabilité d'un ministre des affaires étrangères en exercice lorsque celui-ci est soupçonné d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité — Distinction entre compétence des tribunaux nationaux et immunités juridictionnelles — Distinction entre immunité de juridiction et impunité.

Emission d'un mandat d'arrêt ayant vocation à permettre l'arrestation, sur le territoire belge, d'un ministre des affaires étrangères en exercice — Emission du mandat constituant en soi une atteinte à l'immunité et à l'inviolabilité du ministre des affaires étrangères — Diffusion internationale du mandat d'arrêt visant à établir la base juridique d'une arrestation du ministre des affaires étrangères dans un Etat tiers et de son extradition ultérieure vers la Belgique — Diffusion internationale du mandat d'arrêt constituant une atteinte à l'immunité et à l'inviolabilité du ministre des affaires étrangères.

* *

Remèdes demandés par le Congo — Constatation, par la Cour, d'une responsabilité internationale de la Belgique, et réparation de ce seul fait du préjudice moral invoqué par le Congo — Obligation pour la Belgique, par les moyens de son choix, de mettre à néant le mandat d'arrêt et d'en informer les autorités auprès desquelles il a été diffusé.

ARRÊT

Présents: M. GUILLAUME, *président*; M. SHI, *vice-président*; MM. ODA, RANJEVA, HERCZEGH, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, M^me^ HIGGINS, MM. PARRA-ARANGUREN, KOOIJMANS, REZEK, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL, *juges*; M. BULA-BULA, M^me^ VAN DEN WYNGAERT, *juges* ad hoc; M. COUVREUR, *greffier*.

En l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000,

entre

la République démocratique du Congo,

tion in the operative part of its Judgment but not prevented from dealing with certain aspects of the question in the reasoning of its Judgment.

* *

Immunity from criminal jurisdiction in other States and also inviolability of an incumbent Minister for Foreign Affairs — Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961, preamble, Article 32 — Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963 — New York Convention on Special Missions of 8 December 1969, Article 21, paragraph 2 — Customary international law rules — Nature of the functions exercised by a Minister for Foreign Affairs — Functions such that, throughout the duration of his or her office, a Minister for Foreign Affairs when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability — No distinction in this context between acts performed in an "official" capacity and those claimed to have been performed in a "private capacity".

No exception to immunity from criminal jurisdiction and inviolability where an incumbent Minister for Foreign Affairs suspected of having committed war crimes or crimes against humanity — Distinction between jurisdiction of national courts and jurisdictional immunities — Distinction between immunity from jurisdiction and impunity.

Issuing of arrest warrant intended to enable the arrest on Belgian territory of an incumbent Minister for Foreign Affairs — Mere issuing of warrant a failure to respect the immunity and inviolability of Minister for Foreign Affairs — Purpose of the international circulation of the arrest warrant to establish a legal basis for the arrest of Minister for Foreign Affairs abroad and his subsequent extradition to Belgium — International circulation of the warrant a failure to respect the immunity and inviolability of Minister for Foreign Affairs.

* *

Remedies sought by the Congo — Finding by the Court of international responsibility of Belgium making good the moral injury complained of by the Congo — Belgium required by means of its own choosing to cancel the warrant in question and so inform the authorities to whom it was circulated.

JUDGMENT

Present: *President* GUILLAUME; *Vice-President* SHI; *Judges* ODA, RANJEVA, HERCZEGH, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, HIGGINS, PARRA-ARANGUREN, KOOIJMANS, REZEK, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL; *Judges* ad hoc BULA-BULA, VAN DEN WYNGAERT; *Registrar* COUVREUR.

In the case concerning the arrest warrant of 11 April 2000,

between

the Democratic Republic of the Congo,

représentée par

S. Exc. M. Jacques Masangu-a-Mwanza, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de la République démocratique du Congo auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agent;

S. Exc. M. Ngele Masudi, ministre de la justice et garde des sceaux,
M[e] Kosisaka Kombe, conseiller juridique à la présidence de la République,
M. François Rigaux, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain,
M[me] Monique Chemillier-Gendreau, professeur à l'Université de Paris VII (Denis Diderot),
M. Pierre d'Argent, chargé de cours à l'Université catholique de Louvain,
M. Moka N'Golo, bâtonnier,
M. Djeina Wembou, professeur à l'Université d'Abidjan,

comme conseils et avocats;

M. Mazyambo Makengo, conseiller juridique au ministère de la justice,

comme conseiller,

et

le Royaume de Belgique,

représenté par

M. Jan Devadder, directeur général des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères,

comme agent;

M. Eric David, professeur de droit international public à l'Université libre de Bruxelles,
M. Daniel Bethlehem, *Barrister*, membre du barreau d'Angl terre et du pays de Galles, *Fellow of Clare Hall* et directeur adjoint du Lauterpacht Research Centre for International Law de l'Université de Cambridge,

comme conseils et avocats;

S. Exc. le baron Olivier Gilles de Pélichy, représentant permanent du Royaume de Belgique auprès de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques, en charge des relations avec la Cour internationale de Justice,
M. Claude Debrulle, directeur général de la législation pénale et des droits de l'homme du ministère de la justice,
M. Pierre Morlet, avocat général auprès de la cour d'appel de Bruxelles,
M. Wouter Detavernier, conseiller adjoint à la direction générale des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères,
M. Rodney Neufeld, *Research Associate* au Lauterpacht Research Centre for International Law de l'Université de Cambridge,
M. Tom Vanderhaeghe, assistant à l'Université libre de Bruxelles,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant:

6

represented by

H.E. Mr. Jacques Masangu-a-Mwanza, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of the Democratic Republic of the Congo to the Kingdom of the Netherlands,

as Agent;

H.E. Mr. Ngele Masudi, Minister of Justice and Keeper of the Seals,
Maître Kosisaka Kombe, Legal Adviser to the Presidency of the Republic,
Mr. François Rigaux, Professor Emeritus at the Catholic University of Louvain,
Ms Monique Chemillier-Gendreau, Professor at the University of Paris VII (Denis Diderot),
Mr. Pierre d'Argent, Chargé de cours, Catholic University of Louvain,
Mr. Moka N'Golo, Bâtonnier,
Mr. Djeina Wembou, Professor at the University of Abidjan,

as Counsel and Advocates;

Mr. Mazyambo Makengo, Legal Adviser to the Ministry of Justice,

as Counsellor,

and

the Kingdom of Belgium,

represented by

Mr. Jan Devadder, Director-General, Legal Matters, Ministry of Foreign Affairs,

as Agent;

Mr. Eric David, Professor of Public International Law, Université libre de Bruxelles,
Mr. Daniel Bethlehem, Barrister, Bar of England and Wales, Fellow of Clare Hall and Deputy Director of the Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge,

as Counsel and Advocates;

H.E. Baron Olivier Gillès de Pélichy, Permanent Representative of the Kingdom of Belgium to the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons, responsible for relations with the International Court of Justice,
Mr. Claude Debrulle, Director-General, Criminal Legislation and Human Rights, Ministry of Justice,
Mr. Pierre Morlet, Advocate-General, Brussels Cour d'Appel,
Mr. Wouter Detavernier, Deputy Counsellor, Directorate-General Legal Matters, Ministry of Foreign Affairs,
Mr. Rodney Neufeld, Research Associate, Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge,
Mr. Tom Vanderhaeghe, Assistant at the Université libre de Bruxelles,

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. Le 17 octobre 2000, la République démocratique du Congo (dénommée ci-après le «Congo») a déposé au Greffe de la Cour une requête introduisant une instance contre le Royaume de Belgique (dénommé ci-après la «Belgique») au sujet d'un différend concernant un «mandat d'arrêt international qu'un juge d'instruction belge ... a décerné le 11 avril 2000 contre le ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo, M. Abdulaye Yerodia Ndombasi».

Dans cette requête, le Congo soutenait que la Belgique avait violé le «principe selon lequel un Etat ne peut exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre Etat», le «principe de l'égalité souveraine entre tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies, proclamé par l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies», ainsi que «l'immunité diplomatique du ministre des affaires étrangères d'un Etat souverain, reconnue par la jurisprudence de la Cour et découlant de l'article 41, paragraphe 2, de la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques».

Pour fonder la compétence de la Cour, le Congo invoquait, dans ladite requête, le fait que «[l]a Belgique a[vait] accepté la juridiction de la Cour et, [qu']en tant que de besoin, [ladite] requête [valait] acceptation de cette juridiction par la République démocratique du Congo».

2. Conformément au paragraphe 2 de l'article 40 du Statut, la requête a été immédiatement communiquée au Gouvernement belge par le greffier; et, conformément au paragraphe 3 de cet article, tous les Etats admis à ester devant la Cour ont été informés de la requête.

3. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de la nationalité des Parties, chacune d'elles a procédé, dans l'exercice du droit que lui confère le paragraphe 3 de l'article 31 du Statut, à la désignation d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire: le Congo a désigné M. Sayeman Bula-Bula, et la Belgique M^me^ Christine Van den Wyngaert.

4. Le 17 octobre 2000, jour du dépôt de la requête, le Gouvernement congolais a également déposé au Greffe de la Cour une demande en indication de mesure conservatoire fondée sur l'article 41 du Statut de la Cour. Au cours des audiences consacrées à l'examen de ladite demande, la Belgique a présenté pour sa part une demande tendant à ce que l'affaire soit rayée du rôle.

Par ordonnance du 8 décembre 2000, la Cour, d'une part, a rejeté cette demande tendant à ce que l'affaire soit rayée du rôle et, d'autre part, a dit que les circonstances, telles qu'elles se présentaient alors à la Cour, n'étaient pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer, en vertu de l'article 41 du Statut, des mesures conservatoires. Dans la même ordonnance, la Cour a par ailleurs déclaré qu'«il [était] souhaitable que les questions soumises à la Cour soient tranchées aussitôt que possible» et que, «dès lors, il conv[enait] de parvenir à une décision sur la requête du Congo dans les plus brefs délais».

5. Par ordonnance du 13 décembre 2000, le président de la Cour, compte tenu de l'accord des Parties tel qu'exprimé lors d'une réunion tenue avec leurs agents le 8 décembre 2000, a fixé des délais pour le dépôt d'un mémoire du Congo et d'un contre-mémoire de la Belgique portant à la fois sur les questions de compétence et de recevabilité et sur le fond. Par ordonnances des 14 mars 2001 et 12 avril 2001, ces délais, compte tenu des raisons invoquées par le Congo et de l'accord des Parties, ont été successivement prorogés. Le mémoire du Congo a été déposé le 16 mai 2001, dans le délai tel que finalement prescrit.

6. Par ordonnance du 27 juin 2001, la Cour, d'une part, a rejeté une

1. On 17 October 2000 the Democratic Republic of the Congo (hereinafter referred to as "the Congo") filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Kingdom of Belgium (hereinafter referred to as "Belgium") in respect of a dispute concerning an "international arrest warrant issued on 11 April 2000 by a Belgian investigating judge . . . against the Minister for Foreign Affairs in office of the Democratic Republic of the Congo, Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi".

In that Application the Congo contended that Belgium had violated the "principle hat a State may not exercise its authority on the territory of another State", the "principle of sovereign equality among all Members of the United Nations, as laid down in Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations", as well as "the diplomatic immunity of the Minister for Foreign Affairs of a sovereign State, as recognized by the jurisprudence of the Court and following from Article 41, paragraph 2, of the Vienna Convention of 18 April 1961 on Diplomatic Relations".

In order to found the Court's jurisdiction the Congo invoked in the aforementioned Application the fact that "Belgium ha[d] accepted the jurisdiction of the Court and, in so far as may be required, the [aforementioned] Application signifie[d] acceptance of that jurisdiction by the Democratic Republic of the Congo".

2. Pursuant to Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Application was forthwith communicated to the Government of Belgium by the Registrar; and, in accordance with paragraph 3 of that Article, all States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. Since the Court included upon the Bench no judge of the nationality of either of the Parties, each Party proceeded to exercise the right conferred by Article 31, paragraph 3, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case; the Congo chose Mr. Sayeman Bula-Bula, and Belgium Ms Christine Van den Wyngaert.

4. On 17 October 2000, the day on which the Application was filed, the Government of the Congo also filed in the Registry of the Court a request for the indication of a provisional measure based on Article 41 of the Statute of the Court. At the hearings on that request, Belgium, for its part, asked that the case be removed from the List.

By Order of 8 December 2000 the Court, on the one hand, rejected Belgium's request that the case be removed from the List and, on the other, held that the circumstances, as they then presented themselves to the Court, were not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures. In the same Order, the Court also held that "it [was] desirable that the issues before the Court should be determined as soon as possible" and that "it [was] therefore appropriate to ensure that a decision on the Congo's Application be reached with all expedition".

5. By Order of 13 December 2000, the President of the Court, taking account of the agreement of the Parties as expressed at a meeting held with their Agents on 8 December 2000, fixed time-limits for the filing of a Memorial by the Congo and of a Counter-Memorial by Belgium, addressing both issues of jurisdiction and admissibility and the merits. By Orders of 14 March 2001 and 12 April 2001, these time-limits, taking account of the reasons given by the Congo and the agreement of the Parties, were successively extended. The Memorial of the Congo was filed on 16 May 2001 within the time-limit thus finally prescribed.

6. By Order of 27 June 2001, the Court, on the one hand, rejected a request

demande de la Belgique tendant à autoriser, en dérogation des ordonnances déjà rendues par le président de la Cour, la présentation par la Belgique d'exceptions préliminaires entraînant la suspension de la procédure sur le fond et, d'autre part, a prorogé le délai prescrit dans l'ordonnance du 12 avril 2001 pour le dépôt par la Belgique d'un contre-mémoire portant à la fois sur les questions de compétence et de recevabilité et sur le fond. Le contre-mémoire de la Belgique a été déposé le 28 septembre 2001, dans le délai ainsi prorogé.

7. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 de son Règlement, la Cour, après s'être renseignée auprès des Parties, a décidé que des exemplaires des pièces de procédure et des documents annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale.

8. Des audiences publiques ont été tenues du 15 au 19 octobre 2001, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses:

Pour le Congo: S. Exc. M. Jacques Masangu-a-Mwanza,
S. Exc. M. Ngele Masudi,
M^e^ Kosisaka Kombe,
M. François Rigaux,
M^me^ Monique Chemillier-Gendreau,
M. Pierre d'Argent.

Pour la Belgique: M. Jan Devadder,
M. Daniel Bethlehem,
M. Eric David.

9. A l'audience, des membres de la Cour ont posé à la Belgique des questions auxquelles il a été répondu ou par oral ou par écrit, conformément au paragraphe 4 de l'article 61 du Règlement. Le Congo a présenté des observations écrites sur la réponse qui avait été fournie par écrit à l'une de ces questions, conformément à l'article 72 du Règlement.

*

10. Dans la requête, la décision demandée par le Congo a été ainsi formulée:

> «Il est demandé à la Cour de dire que le Royaume de Belgique devra annuler le mandat d'arrêt international qu'un juge d'instruction belge, M. Vandermeersch, du tribunal de première instance de Bruxelles, a décerné le 11 avril 2000 contre le ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo, M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, en vue de son arrestation provisoire préalablement à une demande d'extradition vers la Belgique, pour de prétendus crimes constituant des «violations graves de droit international humanitaire», mandat d'arrêt que ce juge a diffusé à tous les Etats, y compris la République démocratique du Congo elle-même, qui l'a reçu le 12 juillet 2000.»

11. Dans la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement du Congo,

dans le mémoire:

> «A la lumière des faits et des arguments exposés ci-dessus, le Gouvernement de la République démocratique du Congo prie la Cour de dire et juger:

by Belgium for authorization, in derogation from the previous Orders of the President of the Court, to submit preliminary objections involving suspension of the proceedings on the merits and, on the other, extended the time-limit prescribed in the Order of 12 April 2001 for the filing by Belgium of a Counter-Memorial addressing both questions of jurisdiction and admissibility and the merits. The Counter-Memorial of Belgium was filed on 28 September 2001 within the time-limit thus extended.

7. Pursuant to Article 53, paragraph 2, of the Rules, the Court, after ascertaining the views of the Parties, decided that copies of the pleadings and documents annexed would be made available to the public at the opening of the oral proceedings.

8. Public hearings were held from 15 to 19 October 2001, at which the Court heard the oral arguments and replies of:

For the Congo: H.E. Mr. Jacques Masangu-a-Mwanza,
H.E. Mr. Ngele Masudi,
Maître Kosisaka Kombe,
Mr. François Rigaux,
Ms Monique Chemillier-Gendreau,
Mr. Pierre d'Argent.

For Belgium: Mr. Jan Devadder,
Mr. Daniel Bethlehem,
Mr. Eric David.

9. At the hearings, Members of the Court put questions to Belgium, to which replies were given orally or in writing, in accordance with Article 61, paragraph 4, of the Rules of Court. The Congo provided its written comments on the reply that was given in writing to one of these questions, pursuant to Article 72 of the Rules of Court.

*

10. In its Application, the Congo formulated the decision requested in the following terms:

> "The Court is requested to declare that the Kingdom of Belgium shall annul the international arrest warrant issued on 11 April 2000 by a Belgian investigating judge, Mr. Vandermeersch, of the Brussels Tribunal de première instance against the Minister for Foreign Affairs in office of the Democratic Republic of the Congo, Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, seeking his provisional detention pending a request for extradition to Belgium for alleged crimes constituting 'serious violations of international humanitarian law', that warrant having been circulated by the judge to all States, including the Democratic Republic of the Congo, which received it on 12 July 2000."

11. In the course of the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of the Congo,

in the Memorial:

> "In light of the facts and arguments set out above, the Government of the Democratic Republic of the Congo requests the Court to adjudge and declare that:

1. Que, en émettant et en diffusant internationalement le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 délivré à charge de M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, la Belgique a violé, à l'encontre de la RDC, la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues des ministres des affaires étrangères en fonction;
2. Que la constatation solennelle par la Cour du caractère illicite de ce fait constitue une forme adéquate de satisfaction permettant de réparer le dommage moral qui en découle dans le chef de la RDC;
3. Que la violation du droit international dont procèdent l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 interdit à tout Etat, en ce compris la Belgique, d'y donner suite;
4. Que la Belgique est tenue de retirer et mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et de faire savoir auprès des autorités étrangères auxquelles ledit mandat fut diffusé qu'elle renonce à solliciter leur coopération pour l'exécution de ce mandat illicite suite à l'arrêt de la Cour.»

Au nom du Gouvernement de la Belgique,

dans le contre-mémoire:

«Pour les motifs développés dans la Partie II du présent contre-mémoire, la Belgique demande à la Cour, à titre préliminaire, de dire et de juger que la Cour n'est pas compétente et/ou que la requête de la République démocratique du Congo contre la Belgique n'est pas recevable.

Si, contrairement aux conclusions ci-dessus, la Cour devait conclure qu'elle était compétente et que la requête de la République démocratique du Congo était recevable, la Belgique demande à la Cour de rejeter les conclusions finales de la République démocratique du Congo sur le fond de la demande et de rejeter la requête.»

12. Dans la procédure orale, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement du Congo,

«A la lumière des faits et des arguments exposés au cours de la procédure écrite et orale, le Gouvernement de la République démocratique du Congo prie la Cour de dire et juger:

1. Que, en émettant et en diffusant internationalement le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 délivré à charge de M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, la Belgique a violé, à l'encontre de la République démocratique du Congo, la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues des ministres des affaires étrangères en fonction; que, ce faisant, elle a porté atteinte au principe de l'égalité souveraine entre les Etats;
2. Que la constatation solennelle par la Cour du caractère illicite de ce fait constitue une forme adéquate de satisfaction permettant de réparer le dommage moral qui en découle dans le chef de la République démocratique du Congo;
3. Que les violations du droit international dont procèdent l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 interdisent à tout Etat, en ce compris la Belgique, d'y donner suite;
4. Que la Belgique est tenue de retirer et mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et de faire savoir auprès des autorités étrangères aux-

1. by issuing and internationally circulating the arrest warrant of 11 April 2000 against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, Belgium committed a violation in regard to the DRC of the rule of customary international law concerning the absolute inviolability and immunity from criminal process of incumbent foreign ministers;
2. a formal finding by the Court of the unlawfulness of that act constitutes an appropriate form of satisfaction, providing reparation for the consequent moral injury to the DRC;
3. the violation of international law underlying the issue and international circulation of the arrest warrant of 11 April 2000 precludes any State, including Belgium, from executing it;
4. Belgium shall be required to recall and cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and to inform the foreign authorities to whom the warrant was circulated that, following the Court's Judgment, Belgium renounces its request for their co-operation in executing the unlawful warrant."

On behalf of the Government of Belgium,

in the Counter-Memorial:

"For the reasons stated in Part II of this Counter-Memorial, Belgium requests the Court, as a preliminary matter, to adjudge and declare that the Court lacks jurisdiction in this case and/or that the application by the Democratic Republic of the Congo against Belgium is inadmissible.

If, contrary to the preceding submission, the Court concludes that it does have jurisdiction in this case and that the application by the Democratic Republic of the Congo is admissible, Belgium requests the Court to reject the submissions of the Democratic Republic of the Congo on the merits of the case and to dismiss the application."

12. At the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of the Congo,

"In light of the facts and arguments set out during the written and oral proceedings, the Government of the Democratic Republic of the Congo requests the Court to adjudge and declare that:

1. by issuing and internationally circulating the arrest warrant of 11 April 2000 against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, Belgium committed a violation in regard to the Democratic Republic of the Congo of the rule of customary international law concerning the absolute inviolability and immunity from criminal process of incumbent foreign ministers; in so doing, it violated the principle of sovereign equality among States;
2. a formal finding by the Court of the unlawfulness of that act constitutes an appropriate form of satisfaction, providing reparation for the consequent moral injury to the Democratic Republic of the Congo;
3. the violations of international law underlying the issue and international circulation of the arrest warrant of 11 April 2000 preclude any State, including Belgium, from executing it;
4. Belgium shall be required to recall and cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and to inform the foreign authorities to whom the war-

quelles ledit mandat fut diffusé qu'elle renonce à solliciter leur coopération pour l'exécution de ce mandat illicite.»

Au nom du Gouvernement de la Belgique,

«Pour les motifs développés dans le contre-mémoire de la Belgique et dans ses conclusions orales, la Belgique demande à la Cour, à titre préliminaire, de dire et de juger que la Cour n'est pas compétente et/ou que la requête de la République démocratique du Congo contre la Belgique n'est pas recevable.

Si, contrairement aux conclusions de la Belgique sur la compétence et la recevabilité de la demande, la Cour devait conclure qu'elle était compétente et que la requête de la République démocratique du Congo était recevable, la Belgique demande à la Cour de rejeter les conclusions finales de la République démocratique du Congo sur le fond de la demande et de rejeter la requête.»

* * *

13. Le 11 avril 2000, un juge d'instruction près le tribunal de première instance de Bruxelles a émis un «mandat d'arrêt international par défaut» à l'encontre de M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, sous l'inculpation, en tant qu'auteur ou coauteur, de crimes constituant des infractions graves aux conventions de Genève de 1949 et aux protocoles additionnels à ces conventions, ainsi que de crimes contre l'humanité.

Au moment de l'émission du mandat d'arrêt, M. Yerodia était ministre des affaires étrangères du Congo.

14. Ce mandat d'arrêt a été transmis au Congo le 7 juin 2000 et reçu par les autorités de celui-ci le 12 juillet 2000. Selon la Belgique, il a simultanément été transmis à l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol), organisation dont la fonction est de renforcer et faciliter la coopération transfrontière entre les services de police judiciaire sur le plan universel; le mandat aurait fait l'objet, par l'intermédiaire de cette dernière, d'une diffusion internationale.

15. Dans le mandat d'arrêt, il est reproché à M. Yerodia d'avoir tenu certains discours incitant à la haine raciale au cours du mois d'août 1998. Les crimes dont M. Yerodia était ainsi accusé étaient punissables en Belgique au titre de la loi du 16 juin 1993 «relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions», telle que modifiée par la loi du 10 février 1999 «relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire» (dénommée ci-après la «loi belge»).

L'article 7 de la loi belge dispose que «les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises». En l'espèce, selon la Belgique, les plaintes à l'origine de la procédure dans le cadre de laquelle a été émis le mandat d'arrêt émanaient de douze personnes, toutes résidant en Belgique, dont cinq de nationalité belge. Il n'est cependant pas contesté par la Belgique que les faits allégués auxquels se rapporte le

rant was circulated that Belgium renounces its request for their co-operation in executing the unlawful warrant."

On behalf of the Government of Belgium,

"For the reasons stated in the Counter-Memorial of Belgium and in its oral submissions, Belgium requests the Court, as a preliminary matter, to adjudge and declare that the Court lacks jurisdiction in this case and/or that the Application by the Democratic Republic of the Congo against Belgium is inadmissible.

If, contrary to the submissions of Belgium with regard to the Court's jurisdiction and the admissibility of the Application, the Court concludes that it does have jurisdiction in this case and that the Application by the Democratic Republic of the Congo is admissible, Belgium requests the Court to reject the submissions of the Democratic Republic of the Congo on the merits of the case and to dismiss the Application."

* * *

13. On 11 April 2000 an investigating judge of the Brussels Tribunal de première instance issued "an international arrest warrant *in absentia*" against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, charging him, as perpetrator or co-perpetrator, with offences constituting grave breaches of the Geneva Conventions of 1949 and of the Additional Protocols thereto, and with crimes against humanity.

At the time when the arrest warrant was issued Mr. Yerodia was the Minister for Foreign Affairs of the Congo.

14. The arrest warrant was transmitted to the Congo on 7 June 2000, being received by the Congolese authorities on 12 July 2000. According to Belgium, the warrant was at the same time transmitted to the International Criminal Police Organization (Interpol), an organization whose function is to enhance and facilitate cross-border criminal police co-operation worldwide; through the latter, it was circulated internationally.

15. In the arrest warrant, Mr. Yerodia is accused of having made various speeches inciting racial hatred during the month of August 1998. The crimes with which Mr. Yerodia was charged were punishable in Belgium under the Law of 16 June 1993 "concerning the Punishment of Grave Breaches of the International Geneva Conventions of 12 August 1949 and of Protocols I and II of 8 June 1977 Additional Thereto", as amended by the Law of 10 February 1999 "concerning the Punishment of Serious Violations of International Humanitarian Law" (hereinafter referred to as the "Belgian Law").

Article 7 of the Belgian Law provides that "The Belgian courts shall have jurisdiction in respect of the offences provided for in the present Law, wheresoever they may have been committed". In the present case, according to Belgium, the complaints that initiated the proceedings as a result of which the arrest warrant was issued emanated from 12 individuals all resident in Belgium, five of whom were of Belgian nationality. It is not contested by Belgium, however, that the alleged acts to which

mandat d'arrêt ont été commis hors du territoire belge; que, au moment des faits, M. Yerodia n'était pas ressortissant belge; et qu'il ne se trouvait pas sur le territoire belge lorsque a été émis et diffusé le mandat d'arrêt. Il n'est pas davantage contesté qu'aucun ressortissant belge ne figurait parmi les victimes des violences qui auraient résulté des infractions imputées à M. Yerodia.

Le paragraphe 3 de l'article 5 de la loi belge dispose en outre que «[l]'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi».

16. A l'audience, la Belgique a soutenu par ailleurs avoir offert «de confier le dossier aux autorités compétentes [du Congo] pour enquête et poursuite éventuelle» et a fait état d'un certain nombre de démarches qu'elle aurait entreprises à cet égard à partir de septembre 2000, soit avant le dépôt de la requête introductive d'instance. Le Congo a quant à lui indiqué ce qui suit: «On a peu d'informations sur les formes [de ces propositions belges].» Il a ajouté que «[c]'est ... à un moment très tardif que ces propositions semblent avoir été faites, c'est-à-dire *après* qu'un mandat d'arrêt a été lancé contre M. Yerodia».

17. Le 17 octobre 2000, le Congo a déposé au Greffe une requête introductive d'instance (voir paragraphe 1 ci-dessus), dans laquelle il était demandé à la Cour «de dire que le Royaume de Belgique devra annuler le mandat d'arrêt international ... décerné le 11 avril 2000». Le Congo y faisait valoir deux moyens de droit distincts. Il soutenait en premier lieu que «[l]a *compétence universelle* que l'Etat belge s'attribue par l'article 7 de la loi en cause» constituait une

> «[v]iolation du principe selon lequel un Etat ne peut exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre Etat et du principe de l'égalité souveraine entre tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies, proclamé par l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies».

Il y affirmait en deuxième lieu que «[l]'exclusion, qui découle de l'article 5 ... de la loi belge, de l'immunité du ministre des affaires étrangères en exercice» constituait une «[v]iolation de l'immunité diplomatique du ministre des affaires étrangères d'un Etat souverain, reconnu[e] par la jurisprudence de la Cour et découlant de l'article 41, paragraphe 2, de la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques».

18. Le jour même du dépôt de sa requête introductive d'instance, le Congo a présenté à la Cour, en application de l'article 41 du Statut de cette dernière, une demande en indication de mesure conservatoire. Au cours des audiences consacrées à l'examen de cette demande, la Cour a été informée qu'en novembre 2000 un remaniement ministériel était intervenu au Congo, à la suite duquel M. Yerodia avait cessé d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères et s'était vu confier le portefeuille de ministre de l'éducation nationale. La Belgique en a conclu que la requête du Congo était devenue sans objet et a demandé à la Cour,

the arrest warrant relates were committed outside Belgian territory, that Mr. Yerodia was not a Belgian national at the time of those acts, and that Mr. Yerodia was not in Belgian territory at the time that the arrest warrant was issued and circulated. That no Belgian nationals were victims of the violence that was said to have resulted from Mr. Yerodia's alleged offences was also uncontested.

Article 5, paragraph 3, of the Belgian Law further provides that "[i]mmunity attaching to the official capacity of a person shall not prevent the application of the present Law".

16. At the hearings, Belgium further claimed that it offered "to entrust the case to the competent authorities [of the Congo] for enquiry and possible prosecution", and referred to a certain number of steps which it claimed to have taken in this regard from September 2000, that is, before the filing of the Application instituting proceedings. The Congo for its part stated the following: "We have scant information concerning the form [of these Belgian proposals]." It added that "these proposals . . . appear to have been made very belatedly, namely *after* an arrest warrant against Mr. Yerodia had been issued".

17. On 17 October 2000, the Congo filed in the Registry an Application instituting the present proceedings (see paragraph 1 above), in which the Court was requested "to declare that the Kingdom of Belgium shall annul the international arrest warrant issued on 11 April 2000". The Congo relied in its Application on two separate legal grounds. First, it claimed that "[t]he *universal jurisdiction* that the Belgian State attributes to itself under Article 7 of the Law in question" constituted a

> "[v]iolation of the principle that a State may not exercise its authority on the territory of another State and of the principle of sovereign equality among all Members of the United Nations, as laid down in Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations".

Secondly, it claimed that "[t]he non-recognition, on the basis of Article 5 . . . of the Belgian Law, of the immunity of a Minister for Foreign Affairs in office" constituted a "[v]iolation of the diplomatic immunity of the Minister for Foreign Affairs of a sovereign State, as recognized by the jurisprudence of the Court and following from Article 41, paragraph 2, of the Vienna Convention of 18 April 1961 on Diplomatic Relations".

18. On the same day that it filed its Application instituting proceedings, the Congo submitted a request to the Court for the indication of a provisional measure under Article 41 of the Statute of the Court. During the hearings devoted to consideration of that request, the Court was informed that in November 2000 a ministerial reshuffle had taken place in the Congo, following which Mr. Yerodia had ceased to hold office as Minister for Foreign Affairs and had been entrusted with the portfolio of Minister of Education. Belgium accordingly claimed that the Congo's Application had become moot and asked the Court, as has already been

ainsi qu'il a déjà été rappelé, de rayer l'affaire du rôle. Par ordonnance en date du 8 décembre 2000, la Cour a rejeté à la fois les conclusions de la Belgique en vue d'une telle radiation et la demande en indication de mesures conservatoires du Congo (voir paragraphe 4 ci-dessus).

19. A partir de la mi-avril 2001, lorsque a été constitué un nouveau gouvernement au Congo, M. Yerodia a cessé d'occuper le poste de ministre de l'éducation. Il n'occupe plus aujourd'hui aucun poste ministériel.

20. Le 12 septembre 2001, le bureau central national belge d'Interpol a prié le secrétariat général d'Interpol d'émettre une notice rouge visant M. Yerodia. De telles notices concernent des individus dont l'arrestation est demandée en vue de leur extradition. Le 19 octobre 2001, lors des audiences publiques tenues aux fins d'entendre les Parties en leurs plaidoiries en l'affaire, la Belgique a informé la Cour qu'en réponse à cette demande Interpol avait sollicité des informations supplémentaires le 27 septembre 2001 et qu'aucune notice rouge n'avait encore été diffusée.

21. Bien que, dans sa requête, le Congo ait initialement fait valoir deux moyens de droit distincts (voir paragraphe 17 ci-dessus), les conclusions que le Congo a formulées dans son mémoire, comme les conclusions finales qu'il a présentées à l'issue de la procédure orale, ne font état que d'une violation, «à [son] encontre ..., [de] la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues des ministres des affaires étrangères en fonction» (voir paragraphes 11 et 12 ci-dessus).

* * *

22. Les Parties, dans leurs écritures et leurs plaidoiries, ont traité des questions de compétence et de recevabilité ainsi que des questions de fond (voir paragraphes 5 et 6 ci-dessus). La Belgique a soulevé à cet égard un certain nombre d'exceptions que la Cour commencera par examiner.

* *

23. La première exception soulevée par la Belgique est ainsi formulée:

> «Etant donné que M. Yerodia Ndombasi n'est plus ni ministre des affaires étrangères [du Congo,] ni ministre chargé d'une quelconque autre fonction au sein du Gouvernement [du Congo], il n'y a plus de «différend juridique» entre les Parties au sens des déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction de la Cour déposées par les Parties et la Cour n'est, en conséquence, pas compétente en l'instance.»

24. La Belgique ne conteste pas qu'un tel différend ait existé entre les Parties au moment où le Congo a déposé sa requête introductive d'instance, et que la Cour ait été correctement saisie par cette requête. Elle soutient toutefois que la question n'est pas de savoir si un différend juri-

recalled, to remove the case from the List. By Order of 8 December 2000, the Court rejected both Belgium's submissions to that effect and also the Congo's request for the indication of provisional measures (see paragraph 4 above).

19. From mid-April 2001, with the formation of a new Government in the Congo, Mr. Yerodia ceased to hold the post of Minister of Education. He no longer holds any ministerial office today.

20. On 12 September 2001, the Belgian National Central Bureau of Interpol requested the Interpol General Secretariat to issue a Red Notice in respect of Mr. Yerodia. Such notices concern individuals whose arrest is requested with a view to extradition. On 19 October 2001, at the public sittings held to hear the oral arguments of the Parties in the case, Belgium informed the Court that Interpol had responded on 27 September 2001 with a request for additional information, and that no Red Notice had yet been circulated.

21. Although the Application of the Congo originally advanced two separate legal grounds (see paragraph 17 above), the submissions of the Congo in its Memorial and the final submissions which it presented at the end of the oral proceedings refer only to a violation "in regard to the . . . Congo of the rule of customary international law concerning the absolute inviolability and immunity from criminal process of incumbent foreign ministers" (see paragraphs 11 and 12 above).

* * *

22. In their written pleadings, and in oral argument, the Parties addressed issues of jurisdiction and admissibility as well as the merits (see paragraphs 5 and 6 above). In this connection, Belgium raised certain objections which the Court will begin by addressing.

* *

23. The first objection presented by Belgium reads as follows:

> "That, in the light of the fact that Mr. Yerodia Ndombasi is no longer either Minister for Foreign Affairs of the [Congo] or a minister occupying any other position in the . . . Government [of the Congo], there is no longer a 'legal dispute' between the Parties within the meaning of this term in the Optional Clause Declarations of the Parties and that the Court accordingly lacks jurisdiction in this case."

24. Belgium does not deny that such a legal dispute existed between the Parties at the time when the Congo filed its Application instituting proceedings, and that the Court was properly seised by that Application. However, it contends that the question is not whether a legal dispute

dique existait à l'époque, mais de savoir si un différend juridique existe présentement. La Belgique se réfère notamment à cet égard à l'affaire du *Cameroun septentrional*, dans laquelle la Cour avait jugé que «[s]a fonction ... est de dire le droit, mais [qu']elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige ... impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties» (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 33-34), ainsi qu'aux affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France)*, dans lesquelles elle avait précisé ce qui suit: «La Cour, comme organe juridictionnel, a pour tâche de résoudre des différends existant entre Etats... Le différend dont la Cour a été saisie doit donc persister au moment où elle statue.» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 270-271, par. 55; p. 457, par. 58.) La Belgique soutient que la fonction de ministre des affaires étrangères exercée par M. Yerodia était au centre de la requête introductive d'instance du Congo. Or, souligne-t-elle, des changements sont intervenus dans les circonstances qui étaient au cœur même de l'affaire, puisqu'il a été mis fin aux fonctions de ministre des affaires étrangères de M. Yerodia au mois de novembre 2000 et que, depuis le 15 avril 2001, celui-ci n'occupe plus aucune fonction au sein du Gouvernement du Congo (voir paragraphes 18 et 19 ci-dessus). Selon la Belgique, bien qu'une différence de points de vue puisse subsister entre les Parties quant à l'étendue et au contenu des dispositions de droit international régissant les immunités d'un ministre des affaires étrangères, celle-ci revêt aujourd'hui davantage une portée abstraite qu'une portée concrète. Il en découle, de l'avis de la Belgique, que l'instance s'est désormais transformée en une tentative du Congo d'«obtenir un avis consultatif de la Cour», qu'il ne s'agit plus d'un «cas concret» recouvrant «un litige réel» entre les Parties et que dès lors la Cour n'a pas compétence pour connaître de l'affaire.

25. Le Congo rejette cette exception de la Belgique. Il soutient qu'il existe bien un différend juridique entre les Parties dans la mesure où il affirme que le mandat d'arrêt a été délivré en violation de l'immunité de son ministre des affaires étrangères, que ce mandat était illégal *ab initio* et que ce vice juridique persiste malgré les changements intervenus ultérieurement dans les fonctions exercées par l'intéressé, alors que la Belgique affirme que l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt n'étaient pas contraires au droit international. Le Congo ajoute que le fait que M. Yerodia n'exerce plus de fonctions officielles n'a nullement eu pour effet d'effacer le fait illicite et le dommage qui en découle, dommage dont le Congo continue à demander réparation.

*

26. La Cour rappelle que, selon une jurisprudence constante, sa compétence doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance. Ainsi, si elle est compétente à la date à laquelle une affaire lui est soumise, elle le demeure quels que soient les événements survenus ultérieurement. De tels événements peuvent éventuellement conduire à cons-

existed at that time, but whether a legal dispute exists at the present time. Belgium refers in this respect *inter alia* to the *Northern Cameroons* case, in which the Court found that it "may pronounce judgment only in connection with concrete cases where there exists at the time of the adjudication an actual controversy involving a conflict of legal interests between the parties" (*I.C.J. Reports 1963*, pp. 33-34), as well as to the *Nuclear Tests* cases (*Australia* v. *France*) (*New Zealand* v. *France*), in which the Court stated the following: "The Court, as a court of law, is called upon to resolve existing disputes between States . . . The dispute brought before it must therefore continue to exist at the time when the Court makes its decision" (*I.C.J. Reports 1974*, pp. 270-271, para. 55; p. 476, para. 58). Belgium argues that the position of Mr. Yerodia as Minister for Foreign Affairs was central to the Congo's Application instituting proceedings, and emphasizes that there has now been a change of circumstances at the very heart of the case, in view of the fact that Mr. Yerodia was relieved of his position as Minister for Foreign Affairs in November 2000 and that, since 15 April 2001, he has occupied no position in the Government of the Congo (see paragraphs 18 and 19 above). According to Belgium, while there may still be a difference of opinion between the Parties on the scope and content of international law governing the immunities of a Minister for Foreign Affairs, that difference of opinion has now become a matter of abstract, rather than of practical, concern. The result, in Belgium's view, is that the case has become an attempt by the Congo to "[seek] an advisory opinion from the Court", and no longer a "concrete case" involving an "actual controversy" between the Parties, and that the Court accordingly lacks jurisdiction in the case.

25. The Congo rejects this objection of Belgium. It contends that there is indeed a legal dispute between the Parties, in that the Congo claims that the arrest warrant was issued in violation of the immunity of its Minister for Foreign Affairs, that that warrant was unlawful *ab initio*, and that this legal defect persists despite the subsequent changes in the position occupied by the individual concerned, while Belgium maintains that the issue and circulation of the arrest warrant were not contrary to international law. The Congo adds that the termination of Mr. Yerodia's official duties in no way operated to efface the wrongful act and the injury that flowed from it, for which the Congo continues to seek redress.

*

26. The Court recalls that, according to its settled jurisprudence, its jurisdiction must be determined at the time that the act instituting proceedings was filed. Thus, if the Court has jurisdiction on the date the case is referred to it, it continues to do so regardless of subsequent events. Such events might lead to a finding that an application has subsequently

tater qu'une requête a été par la suite privée d'objet et à prononcer un non-lieu à statuer; ils ne sauraient en revanche priver la Cour de sa compétence (voir *Nottebohm, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122; *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 142; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 23-24, par. 38; et *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 129, par. 37).

27. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut:

> «Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet:
>
> *a)* l'interprétation d'un traité;
> *b)* tout point de droit international;
> *c)* la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;
> *d)* la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.»

Le 17 octobre 2000, date à laquelle a été déposée la requête introductive d'instance du Congo, chacune des deux Parties se trouvait liée par une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour effectuée conformément à cette disposition: la Belgique par une déclaration du 17 juin 1958 et le Congo par une déclaration du 8 février 1989. Ces déclarations ne comportaient aucune réserve applicable au cas d'espèce.

Par ailleurs, il n'est pas contesté par les Parties qu'un différend les opposait alors quant à la licéité au regard du droit international du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et quant aux conséquences à tirer d'une éventuelle illicéité de ce mandat. Un tel différend constituait bien un différend juridique au sens de la jurisprudence de la Cour, à savoir «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes», dans lequel «la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 17, par. 22; et *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 122-123, par. 21).

28. La Cour en conclut qu'au moment où elle a été saisie de l'affaire

become moot and to a decision not to proceed to judgment on the merits, but they cannot deprive the Court of jurisdiction (see *Nottebohm, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 122; *Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 142; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 23-24, para. 38; and *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 129, para. 37).

27. Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court provides:

> "The States parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:
>
> *(a)* the interpretation of a treaty;
> *(b)* any question of international law;
> *(c)* the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
> *(d)* the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation."

On 17 October 2000, the date that the Congo's Application instituting these proceedings was filed, each of the Parties was bound by a declaration of acceptance of compulsory jurisdiction, filed in accordance with the above provision: Belgium by a declaration of 17 June 1958 and the Congo by a declaration of 8 February 1989. Those declarations contained no reservation applicable to the present case.

Moreover, it is not contested by the Parties that at the material time there was a legal dispute between them concerning the international lawfulness of the arrest warrant of 11 April 2000 and the consequences to be drawn if the warrant was unlawful. Such a dispute was clearly a legal dispute within the meaning of the Court's jurisprudence, namely "a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons" in which "the claim of one party is positively opposed by the other" (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 17, para. 22; and *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 122-123, para. 21).

28. The Court accordingly concludes that at the time that it was seised

elle avait compétence pour en connaître. Elle est demeurée compétente pour ce faire. La première exception soulevée par la Belgique doit par suite être rejetée.

* *

29. La deuxième exception présentée par la Belgique est la suivante:

> «Etant donné que M. Yerodia Ndombasi n'est plus ni ministre des affaires étrangères [du Congo,] ni ministre chargé d'une quelconque autre fonction au sein du Gouvernement [du Congo], la demande [de ce dernier] n'a plus d'objet et la Cour devrait, en conséquence, refuser de juger au fond.»

30. La Belgique invoque également, à l'appui de cette exception, l'affaire du *Cameroun septentrional*, dans laquelle la Cour a estimé qu'elle ne s'acquitterait pas des devoirs qui sont les siens si elle examinait plus avant une affaire à l'égard de laquelle tout arrêt qu'elle pourrait prononcer serait «sans objet» (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 38), ainsi que les affaires des *Essais nucléaires*, dans lesquelles la Cour n'a vu aucune «raison de laisser se poursuivre une procédure qu'elle [savait] condamnée à rester stérile» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 271, par. 58; p. 477, par. 61). La Belgique soutient que les demandes du Congo contenues dans les première et deuxième conclusions de celui-ci tombent de toute évidence sous le coup des principes ainsi énoncés par la Cour dans ces affaires, dans la mesure où un arrêt de la Cour sur le fond ne pourrait en l'espèce avoir d'autre objet que de clarifier le droit en la matière pour les besoins du futur ou de renforcer la position de l'une ou de l'autre des parties. Elle tire à cet égard argument de ce que le Congo ne fait état d'aucun préjudice matériel et ne demande pas de dommages et intérêts compensatoires. Elle ajoute que l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt n'étaient aucunement fondées sur les fonctions ministérielles de l'intéressé, que ce dernier n'est plus ministre, et que dès lors l'affaire est désormais dépourvue d'objet.

31. Le Congo conteste l'argumentation ainsi développée par la Belgique et souligne que l'objectif du Congo — faire annuler le mandat litigieux et obtenir réparation du dommage moral subi — n'est toujours pas réalisé au moment où la Cour est appelée à trancher le différend. Selon le Congo, pour que l'affaire soit devenue sans objet au cours de la procédure, il aurait fallu que la cause de la violation du droit ait disparu et que la réparation demandée soit intervenue.

*

32. La Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que des événements postérieurs à l'introduction d'une requête pouvaient priver celle-ci de son objet, de telle sorte qu'il n'y avait plus lieu pour la Cour de statuer sur cette requête (voir *Questions d'interprétation et d'application de la conven-*

of the case it had jurisdiction to deal with it, and that it still has such jurisdiction. Belgium's first objection must therefore be rejected.

* *

29. The second objection presented by Belgium is the following:

> "That in the light of the fact that Mr. Yerodia Ndombasi is no longer either Minister for Foreign Affairs of the [Congo] or a minister occupying any other position in the . . . Government [of the Congo], the case is now without object and the Court should accordingly decline to proceed to judgment on the merits of the case."

30. Belgium also relies in support of this objection on the *Northern Cameroons* case, in which the Court considered that it would not be a proper discharge of its duties to proceed further in a case in which any judgment that the Court might pronounce would be "without object" (*I.C.J. Reports 1963*, p. 38), and on the *Nuclear Tests* cases, in which the Court saw "no reason to allow the continuance of proceedings which it knows are bound to be fruitless" (*I.C.J. Reports 1974*, p. 271, para. 58; p. 477, para. 61). Belgium maintains that the declarations requested by the Congo in its first and second submissions would clearly fall within the principles enunciated by the Court in those cases, since a judgment of the Court on the merits in this case could only be directed towards the clarification of the law in this area for the future, or be designed to reinforce the position of one or other Party. It relies in support of this argument on the fact that the Congo does not allege any material injury and is not seeking compensatory damages. It adds that the issue and transmission of the arrest warrant were not predicated on the ministerial status of the person concerned, that he is no longer a minister, and that the case is accordingly now devoid of object.

31. The Congo contests this argument of Belgium, and emphasizes that the aim of the Congo — to have the disputed arrest warrant annulled and to obtain redress for the moral injury suffered — remains unachieved at the point in time when the Court is called upon to decide the dispute. According to the Congo, in order for the case to have become devoid of object during the proceedings, the cause of the violation of the right would have had to disappear, and the redress sought would have to have been obtained.

*

32. The Court has already affirmed on a number of occasions that events occurring subsequent to the filing of an application may render the application without object such that the Court is not called upon to give a decision thereon (see *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Mont-*

tion de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 26, par. 46; et *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1998*, p. 131, par. 45).

Elle estime toutefois que tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, le changement intervenu dans la situation de M. Yerodia n'a pas mis fin au différend entre les Parties et n'a pas privé la requête d'objet. Le Congo maintient sa thèse selon laquelle le mandat d'arrêt délivré par les autorités judiciaires belges à l'encontre de M. Yerodia était et demeure illicite. Il demande à la Cour de proclamer cette illicéité et de réparer ainsi le préjudice moral que le mandat d'arrêt lui aurait causé. Le Congo continue par ailleurs de demander la mise à néant dudit mandat. Quant à la Belgique, elle maintient que ses actions n'étaient pas contraires au droit international et elle s'oppose aux conclusions du Congo. De l'avis de la Cour, il résulte de ce qui précède que la requête du Congo n'est pas aujourd'hui dépourvue d'objet et que, par suite, il y a lieu pour la Cour de statuer sur ladite requête. La deuxième exception de la Belgique doit en conséquence être rejetée.

* *

33. La troisième exception de la Belgique est ainsi libellée:

> «Etant donné que l'affaire soumise aujourd'hui à la Cour est substantiellement différente de celle formulée dans la requête introductive d'instance [du Congo], la Cour n'est, en conséquence, pas compétente et/ou la requête [du Congo] n'est pas recevable.»

34. Selon la Belgique, il serait contraire à la sécurité juridique et à la bonne administration de la justice qu'un demandeur poursuive une procédure judiciaire lorsque les faits sur lesquels reposait la requête introductive d'instance se sont radicalement modifiés, étant donné que, en de telles circonstances, le défendeur resterait jusqu'au tout dernier moment dans l'incertitude quant à la teneur des demandes dirigées contre lui. La Belgique fait valoir que le préjudice subi par le défendeur serait dans ce cas du même ordre que lorsque l'Etat demandeur formule de nouvelles prétentions en cours de procédure. Elle se réfère à la jurisprudence de la Cour concluant à l'irrecevabilité de demandes nouvelles formulées en cours d'instance qui, si elles avaient été accueillies, auraient transformé l'objet du différend originellement porté devant elle aux termes de la requête (voir *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 447-448, par. 29). Dans ces conditions, la Belgique soutient que, si le Congo souhaitait maintenir ses griefs, il conviendrait d'exiger qu'il dépose une nouvelle requête ou, à tout le moins, qu'il demande à la Cour la permission de modifier sa requête initiale.

real Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. *United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 26, para. 46; and *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 131, para. 45).

However, it considers that this is not such a case. The change which has occurred in the situation of Mr. Yerodia has not in fact put an end to the dispute between the Parties and has not deprived the Application of its object. The Congo argues that the arrest warrant issued by the Belgian judicial authorities against Mr. Yerodia was and remains unlawful. It asks the Court to hold that the warrant is unlawful, thus providing redress for the moral injury which the warrant allegedly caused to it. The Congo also continues to seek the cancellation of the warrant. For its part, Belgium contends that it did not act in violation of international law and it disputes the Congo's submissions. In the view of the Court, it follows from the foregoing that the Application of the Congo is not now without object and that accordingly the case is not moot. Belgium's second objection must accordingly be rejected.

* *

33. The third Belgian objection is put as follows:

> "That the case as it now stands is materially different to that set out in the [Congo]'s Application instituting proceedings and that the Court accordingly lacks jurisdiction in the case and/or that the application is inadmissible."

34. According to Belgium, it would be contrary to legal security and the sound administration of justice for an applicant State to continue proceedings in circumstances in which the factual dimension on which the Application was based has changed fundamentally, since the respondent State would in those circumstances be uncertain, until the very last moment, of the substance of the claims against it. Belgium argues that the prejudice suffered by the respondent State in this situation is analogous to the situation in which an applicant State formulates new claims during the course of the proceedings. It refers to the jurisprudence of the Court holding inadmissible new claims formulated during the course of the proceedings which, had they been entertained, would have transformed the subject of the dispute originally brought before it under the terms of the Application (see *Fisheries Jurisdiction (Spain* v. *Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 447-448, para. 29). In the circumstances, Belgium contends that, if the Congo wishes to maintain its claims, it should be required to initiate proceedings afresh or, at the very least, apply to the Court for permission to amend its initial Application.

35. En réponse, le Congo conteste que les termes de sa requête aient été substantiellement modifiés, et insiste sur le fait qu'il n'a présenté aucune demande nouvelle, au plan matériel ou au plan formel, qui aurait transformé l'objet du différend. Le Congo soutient n'avoir rien fait d'autre, à travers les différentes étapes de la procédure, que de «resserrer et préciser» ses demandes, comme le font la plupart des Etats qui se présentent devant la Cour, et qu'il aurait simplement fait usage de la faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale.

*

36. La Cour rappelle que, selon une jurisprudence constante, elle «ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même» (*Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 173; cf. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 427, par. 80; voir aussi *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 264-267, en particulier par. 69 et 70). Toutefois, la Cour estime qu'en l'espèce les faits sur lesquels reposait la requête n'ont pas été modifiés de manière telle que le différend dont la Cour était saisie ait subi une transformation de cette nature. En effet, la question qui est soumise à la Cour pour décision reste de savoir si l'émission et la diffusion, par les autorités judiciaires belges, d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'une personne étant alors ministre des affaires étrangères du Congo étaient ou non contraires au droit international. Aussi bien les conclusions finales du Congo découlent-elles «directement de la question qui fait l'objet de la requête» (*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 203, par. 72; voir aussi *Temple de Préah Vihéar, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 36).

Dans ces conditions, la Cour estime que la Belgique ne peut valablement affirmer que le différend porté devant la Cour aurait été transformé de manière telle que la capacité de la Belgique à préparer sa défense aurait été affectée, ou qu'il aurait été porté atteinte aux exigences d'une bonne administration de la justice. La troisième exception de la Belgique doit partant être rejetée.

* *

37. La quatrième exception de la Belgique se lit comme suit:

> «Etant donné la situation nouvelle dans laquelle se trouve la personne de M. Yerodia Ndombasi, la demande a pris la forme d'une action visant à recréer la protection diplomatique en faveur de

35. In response, the Congo denies that there has been a substantial amendment of the terms of its Application, and insists that it has presented no new claim, whether of substance or of form, that would have transformed the subject-matter of the dispute. The Congo maintains that it has done nothing through the various stages in the proceedings but "condense and refine" its claims, as do most States that appear before the Court, and that it is simply making use of the right of parties to amend their submissions until the end of the oral proceedings.

*

36. The Court notes that, in accordance with settled jurisprudence, it "cannot, in principle, allow a dispute brought before it by application to be transformed by amendments in the submissions into another dispute which is different in character" (*Société commerciale de Belgique, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, p. 173; cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 427, para. 80; see also *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru* v. *Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, pp. 264-267, in particular paras. 69 and 70). However, the Court considers that in the present case the facts underlying the Application have not changed in a way that produced such a transformation in the dispute brought before it. The question submitted to the Court for decision remains whether the issue and circulation of the arrest warrant by the Belgian judicial authorities against a person who was at that time the Minister for Foreign Affairs of the Congo were contrary to international law. The Congo's final submissions arise "directly out of the question which is the subject-matter of that Application" (*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany* v. *Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 203, para. 72; see also *Temple of Preah Vihear, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 36).

In these circumstances, the Court considers that Belgium cannot validly maintain that the dispute brought before the Court was transformed in a way that affected its ability to prepare its defence, or that the requirements of the sound administration of justice were infringed. Belgium's third objection must accordingly be rejected.

* *

37. The fourth Belgian objection reads as follows:

> "That, in the light of the new circumstances concerning Mr. Yerodia Ndombasi, the case has assumed the character of an action of diplomatic protection but one in which the individual being pro-

M. Yerodia Ndombasi alors que ce dernier n'a pas épuisé toutes les voies de recours internes; la Cour n'est, en conséquence, pas compétente et/ou la requête [du Congo] n'est pas recevable.»

38. La Belgique reconnaît à cet égard que, lorsque l'instance a été introduite, un intérêt juridique direct du Congo était effectivement en cause et que cet Etat faisait alors valoir une demande en son nom propre à raison de la prétendue violation, par la Belgique, de l'immunité de son ministre des affaires étrangères. Toutefois, selon la Belgique, l'instance aurait été radicalement transformée après le dépôt de la requête, à savoir le 15 avril 2001, lorsque M. Yerodia a cessé de faire partie du Gouvernement congolais. La Belgique affirme que deux des demandes faites à la Cour par le Congo dans ses conclusions finales concernent en pratique les effets juridiques d'un mandat d'arrêt délivré à l'encontre d'une personne privée ayant la nationalité congolaise, et que ces questions relèvent d'une action en protection diplomatique. Elle ajoute que l'intéressé n'a pas épuisé toutes les voies de recours ouvertes en droit belge, condition nécessaire pour que le Congo puisse prendre fait et cause, dans une procédure internationale, pour son ressortissant.

39. Le Congo, en revanche, nie qu'il s'agisse en l'espèce d'une action en protection diplomatique. Il soutient que son action a été présentée au nom de l'Etat congolais, à raison de la violation de l'immunité de son ministre des affaires étrangères. Le Congo nie également que des voies de recours aient été disponibles en droit belge. Il fait observer à cet égard que ce n'est que lorsque le procureur du Roi est saisi du dossier et prend des réquisitions devant la chambre du conseil que l'inculpé peut se défendre devant cette dernière et demander une ordonnance de non-lieu.

*

40. La Cour note que le Congo n'a jamais entendu se prévaloir devant elle de droits individuels de M. Yerodia. Elle estime que, malgré les changements intervenus dans la situation professionnelle de celui-ci, le caractère du différend dont elle a été saisie par la requête demeure inchangé: ce différend concerne toujours la licéité du mandat d'arrêt délivré le 11 avril 2000 à l'encontre d'une personne qui était alors ministre des affaires étrangères du Congo, ainsi que la question de savoir si les droits du Congo ont ou non été violés par ce mandat d'arrêt. Le Congo n'agissant pas dans le cadre de la protection d'un de ses ressortissants, la Belgique ne saurait exciper des règles concernant l'épuisement des voies de recours internes.

En tout état de cause, la Cour rappelle que l'exception tirée du non-épuisement des voies de recours internes a trait à la recevabilité de la requête (voir *Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 26; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt, C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 49). Or, selon une jurisprudence constante, la date pertinente aux fins d'apprécier la recevabilité d'une requête est celle à laquelle cette

tected has failed to exhaust local remedies, and that the Court accordingly lacks jurisdiction in the case and/or that the application is inadmissible."

38. In this respect, Belgium accepts that, when the case was first instituted, the Congo had a direct legal interest in the matter, and was asserting a claim in its own name in respect of the alleged violation by Belgium of the immunity of the Congo's Foreign Minister. However, according to Belgium, the case was radically transformed after the Application was filed, namely on 15 April 2001, when Mr. Yerodia ceased to be a member of the Congolese Government. Belgium maintains that two of the requests made of the Court in the Congo's final submissions in practice now concern the legal effect of an arrest warrant issued against a private citizen of the Congo, and that these issues fall within the realm of an action of diplomatic protection. It adds that the individual concerned has not exhausted all available remedies under Belgian law, a necessary condition before the Congo can espouse the cause of one of its nationals in international proceedings.

39. The Congo, on the other hand, denies that this is an action for diplomatic protection. It maintains that it is bringing these proceedings in the name of the Congolese State, on account of the violation of the immunity of its Minister for Foreign Affairs. The Congo further denies the availability of remedies under Belgian law. It points out in this regard that it is only when the Crown Prosecutor has become seised of the case file and makes submissions to the Chambre du conseil that the accused can defend himself before the Chambre and seek to have the charge dismissed.

*

40. The Court notes that the Congo has never sought to invoke before it Mr. Yerodia's personal rights. It considers that, despite the change in professional situation of Mr. Yerodia, the character of the dispute submitted to the Court by means of the Application has not changed: the dispute still concerns the lawfulness of the arrest warrant issued on 11 April 2000 against a person who was at the time Minister for Foreign Affairs of the Congo, and the question whether the rights of the Congo have or have not been violated by that warrant. As the Congo is not acting in the context of protection of one of its nationals, Belgium cannot rely upon the rules relating to the exhaustion of local remedies.

In any event, the Court recalls that an objection based on non-exhaustion of local remedies relates to the admissibility of the application (see *Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 26; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, p. 42, para. 49). Under settled jurisprudence, the critical date for determining the admissibility of an application is the date on which it is filed

dernière a été déposée (voir *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 25-26, par. 43-44; et *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique); exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 130-131, par. 42-43). La Belgique reconnaît que, au moment du dépôt de la requête introductive d'instance par le Congo, ce dernier avait un intérêt juridique directement en cause et faisait valoir une demande en son nom propre. La quatrième exception de la Belgique doit par suite être rejetée.

* *

41. A titre subsidiaire, la Belgique fait encore valoir que, «au cas où la Cour [déciderait] qu'elle est compétente et que la requête était recevable, ... la règle *non ultra petita* limite[rait] [sa] compétence ... aux questions qui font l'objet des conclusions finales [du Congo]». La Belgique expose que, si le Congo avait initialement avancé un double argument fondé, d'une part, sur l'incompétence du juge belge et, d'autre part, sur l'immunité de juridiction dont bénéficiait son ministre des affaires étrangères, dans ses conclusions finales, le Congo ne prétendait plus que la Belgique s'était arrogé à tort une compétence universelle par défaut. Selon la Belgique, le Congo se limite désormais à soutenir que le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 était illicite parce qu'il violait l'immunité de juridiction de son ministre des affaires étrangères; en conséquence, la Cour ne saurait se prononcer sur la question de la compétence universelle dans toute décision qu'elle rendrait sur le fond de l'affaire.

42. Le Congo précise pour sa part que ce qui l'intéresse en l'espèce est de faire constater par la Cour qu'il a été victime d'un fait internationalement illicite, la question de savoir s'il y a eu en l'occurrence «exercice d'une compétence universelle excessive» ne revêtant à cet égard qu'une importance secondaire. Le Congo expose que, si la Cour devait examiner les problèmes soulevés en droit international par la question de la compétence universelle, elle le ferait, non pas à la demande du Congo, mais en conséquence du système de défense adopté par la Belgique, qui semble affirmer que l'exercice d'une telle compétence pourrait «valablement contrebalancer le respect des immunités».

*

43. La Cour rappellera le principe bien établi selon lequel elle a «le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées» (*Droit*

(see *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 25-26, paras. 43-44; and *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 130-131, paras. 42-43). Belgium accepts that, on the date on which the Congo filed the Application instituting proceedings, the Congo had a direct legal interest in the matter, and was asserting a claim in its own name. Belgium's fourth objection must accordingly be rejected.

* *

41. As a subsidiary argument, Belgium further contends that "[i]n the event that the Court decides that it does have jurisdiction in this case and that the application is admissible, . . . the *non ultra petita* rule operates to limit the jurisdiction of the Court to those issues that are the subject of the [Congo]'s final submissions". Belgium points out that, while the Congo initially advanced a twofold argument, based, on the one hand, on the Belgian judge's lack of jurisdiction, and, on the other, on the immunity from jurisdiction enjoyed by its Minister for Foreign Affairs, the Congo no longer claims in its final submissions that Belgium wrongly conferred upon itself universal jurisdiction *in absentia*. According to Belgium, the Congo now confines itself to arguing that the arrest warrant of 11 April 2000 was unlawful because it violated the immunity from jurisdiction of its Minister for Foreign Affairs, and that the Court consequently cannot rule on the issue of universal jurisdiction in any decision it renders on the merits of the case.

42. The Congo, for its part, states that its interest in bringing these proceedings is to obtain a finding by the Court that it has been the victim of an internationally wrongful act, the question whether this case involves the "exercise of an excessive universal jurisdiction" being in this connection only a secondary consideration. The Congo asserts that any consideration by the Court of the issues of international law raised by universal jurisdiction would be undertaken not at the request of the Congo but, rather, by virtue of the defence strategy adopted by Belgium, which appears to maintain that the exercise of such jurisdiction can "represent a valid counterweight to the observance of immunities".

*

43. The Court would recall the well-established principle that "it is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from deciding points not included in those submissions" (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950*,

d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 402). Si la Cour ne peut donc pas trancher des questions qui ne lui ont pas été soumises, en revanche la règle *non ultra petita* ne saurait l'empêcher d'aborder certains points de droit dans sa motivation. Aussi la Cour ne saurait-elle en l'espèce se prononcer, dans le dispositif de son arrêt, sur la question de savoir si le mandat d'arrêt litigieux, émis par le juge d'instruction belge en vertu de la compétence universelle dont il se réclame, est conforme sur ce point aux règles et principes du droit international gouvernant les compétences des juridictions nationales. Toutefois, il ne s'ensuit pas que la Cour ne puisse aborder, si elle l'estime nécessaire ou souhaitable, tel ou tel aspect de cette question dans les motifs de son arrêt.

* *

44. La Cour conclut de ce qui précède qu'elle a compétence pour connaître de la requête du Congo, que cette requête n'est pas dépourvue d'objet et que, par suite, il y a lieu de statuer sur celle-ci, et que ladite requête est recevable. La Cour se penchera donc maintenant sur le fond de l'affaire.

* * *

45. Comme il a déjà été indiqué ci-dessus (voir paragraphes 41 à 43), le Congo, dans sa requête introductive d'instance, a initialement contesté la licéité du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 en s'appuyant sur deux moyens distincts: d'une part, la prétention de la Belgique à exercer une compétence universelle et, d'autre part, la violation alléguée des immunités du ministre congolais des affaires étrangères alors en fonction. Toutefois, dans les conclusions figurant dans son mémoire, ainsi que dans les conclusions finales présentées au terme de la procédure orale, le Congo n'invoque que le second de ces moyens.

46. D'un point de vue logique, le second moyen ne devrait pouvoir être invoqué qu'après un examen du premier, dans la mesure où ce n'est que lorsqu'un Etat dispose, en droit international, d'une compétence à l'égard d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser au regard de l'exercice d'une telle compétence. Cependant, en l'espèce, et compte tenu du dernier état des conclusions du Congo, la Cour examinera d'emblée la question de savoir si, à supposer que la Belgique ait été compétente, au plan du droit international, pour émettre et diffuser le mandat d'arrêt du 11 avril 2000, elle a violé ce faisant les immunités du ministre des affaires étrangères du Congo alors en fonction.

* *

47. Le Congo soutient que, pendant toute la durée de ses fonctions, le ministre des affaires étrangères d'un Etat souverain bénéficie d'une invio-

p. 402). While the Court is thus not entitled to decide upon questions not asked of it, the *non ultra petita* rule nonetheless cannot preclude the Court from addressing certain legal points in its reasoning. Thus in the present case the Court may not rule, in the operative part of its Judgment, on the question whether the disputed arrest warrant, issued by the Belgian investigating judge in exercise of his purported universal jurisdiction, complied in that regard with the rules and principles of international law governing the jurisdiction of national courts. This does not mean, however, that the Court may not deal with certain aspects of that question in the reasoning of its Judgment, should it deem this necessary or desirable.

* *

44. The Court concludes from the foregoing that it has jurisdiction to entertain the Congo's Application, that the Application is not without object and that accordingly the case is not moot, and that the Application is admissible. Thus, the Court now turns to the merits of the case.

* * *

45. As indicated above (see paragraphs 41 to 43 above), in its Application instituting these proceedings, the Congo originally challenged the legality of the arrest warrant of 11 April 2000 on two separate grounds: on the one hand, Belgium's claim to exercise a universal jurisdiction and, on the other, the alleged violation of the immunities of the Minister for Foreign Affairs of the Congo then in office. However, in its submissions in its Memorial, and in its final submissions at the close of the oral proceedings, the Congo invokes only the latter ground.

46. As a matter of logic, the second ground should be addressed only once there has been a determination in respect of the first, since it is only where a State has jurisdiction under international law in relation to a particular matter that there can be any question of immunities in regard to the exercise of that jurisdiction. However, in the present case, and in view of the final form of the Congo's submissions, the Court will address first the question whether, assuming that it had jurisdiction under international law to issue and circulate the arrest warrant of 11 April 2000, Belgium in so doing violated the immunities of the then Minister for Foreign Affairs of the Congo.

* *

47. The Congo maintains that, during his or her term of office, a Minister for Foreign Affairs of a sovereign State is entitled to inviolability

labilité et d'une immunité de juridiction pénale qui sont «absolues ou intégrales», en ce sens qu'elles ne souffrent aucune exception. Le Congo affirme en conséquence qu'aucune poursuite pénale ne peut être engagée à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères devant une juridiction étrangère aussi longtemps qu'il exerce ses fonctions, et que toute constatation de sa responsabilité pénale par une juridiction interne étrangère, ou tout acte d'instruction ou d'enquête visant à le traduire en justice, est contraire au principe de l'immunité de juridiction. Selon le Congo, le fondement de cette immunité pénale est purement fonctionnel, celle-ci n'étant accordée par le droit international coutumier que pour permettre au représentant de l'Etat étranger qui en bénéficie de remplir librement et sans entrave les fonctions dont il a la charge. Le Congo ajoute que l'immunité ainsi reconnue aux ministres des affaires étrangères en exercice couvre *tous* leurs actes, y compris ceux qui auraient été commis avant leur entrée en fonctions, et qu'il importe peu que les actes commis durant l'exercice de leurs fonctions puissent être ou non qualifiés d'«actes de la fonction».

48. Le Congo précise par ailleurs qu'il ne conteste pas l'existence d'un principe de droit international pénal, qui trouverait son origine dans la jurisprudence des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, selon lequel la qualité officielle de l'accusé au moment des faits ne pourrait constituer une «cause d'exonération de sa responsabilité pénale ou un motif de réduction de sa peine» devant quelque juridiction que ce soit, interne ou internationale. Et le Congo de souligner que le fait qu'une immunité fasse obstacle à l'exercice de poursuites devant un juge déterminé, ou durant une période déterminée, n'empêche pas que les mêmes poursuites pourront être exercées, le cas échéant, devant un autre juge non lié par l'immunité, ou à un moment où il n'y aura plus lieu de tenir compte d'une telle immunité. Il conclut qu'immunité ne signifie pas impunité.

49. La Belgique soutient quant à elle que, alors que les ministres des affaires étrangères en exercice jouissent en général d'une immunité de juridiction devant les tribunaux d'un Etat étranger, cette immunité ne s'applique qu'aux actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions officielles, et qu'une telle immunité ne saurait protéger ces personnes dans leurs actions privées ou lorsqu'elles agissent autrement en dehors de l'exercice de leurs fonctions officielles.

50. La Belgique fait par ailleurs valoir qu'en l'espèce M. Yerodia ne bénéficiait d'aucune immunité à la date à laquelle il aurait commis les actes qui lui sont reprochés, et que rien n'indique qu'il ait alors agi à titre officiel. Elle fait remarquer que le mandat d'arrêt a été émis à l'encontre de M. Yerodia à titre personnel.

*

51. La Cour observera tout d'abord qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires,

and to immunity from criminal process being "absolute or complete", that is to say, they are subject to no exception. Accordingly, the Congo contends that no criminal prosecution may be brought against a Minister for Foreign Affairs in a foreign court as long as he or she remains in office, and that any finding of criminal responsibility by a domestic court in a foreign country, or any act of investigation undertaken with a view to bringing him or her to court, would contravene the principle of immunity from jurisdiction. According to the Congo, the basis of such criminal immunity is purely functional, and immunity is accorded under customary international law simply in order to enable the foreign State representative enjoying such immunity to perform his or her functions freely and without let or hindrance. The Congo adds that the immunity thus accorded to Ministers for Foreign Affairs when in office covers *all* their acts, including any committed before they took office, and that it is irrelevant whether the acts done whilst in office may be characterized or not as "official acts".

48. The Congo states further that it does not deny the existence of a principle of international criminal law, deriving from the decisions of the Nuremberg and Tokyo international military tribunals, that the accused's official capacity at the time of the acts cannot, before any court, whether domestic or international, constitute a "ground of exemption from his criminal responsibility or a ground for mitigation of sentence". The Congo then stresses that the fact that an immunity might bar prosecution before a specific court or over a specific period does not mean that the same prosecution cannot be brought, if appropriate, before another court which is not bound by that immunity, or at another time when the immunity need no longer be taken into account. It concludes that immunity does not mean impunity.

49. Belgium maintains for its part that, while Ministers for Foreign Affairs in office generally enjoy an immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State, such immunity applies only to acts carried out in the course of their official functions, and cannot protect such persons in respect of private acts or when they are acting otherwise than in the performance of their official functions.

50. Belgium further states that, in the circumstances of the present case, Mr. Yerodia enjoyed no immunity at the time when he is alleged to have committed the acts of which he is accused, and that there is no evidence that he was then acting in any official capacity. It observes that the arrest warrant was issued against Mr. Yerodia personally.

*

51. The Court would observe at the outset that in international law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain

certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales. Aux fins de la présente affaire, seules l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité d'un ministre des affaires étrangères en exercice doivent être examinées par la Cour.

52. Un certain nombre de textes conventionnels ont été évoqués par les Parties à cet égard. Il en a été tout d'abord ainsi de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961. Dans son préambule, celle-ci précise que le but des privilèges et immunités diplomatiques est «d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des Etats». Elle dispose en son article 32 que seul l'Etat accréditant peut renoncer à cette immunité. Sur ces points, la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, à laquelle tant le Congo que la Belgique sont parties, reflète le droit international coutumier. Il en est de même des dispositions correspondantes de la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963, à laquelle le Congo et la Belgique sont également parties.

Le Congo et la Belgique se réfèrent en outre à la convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales à laquelle ils ne sont cependant pas parties. Ils rappellent que, selon le paragraphe 2 de l'article 21 de cette convention:

> «Le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international.»

Des enseignements utiles peuvent être tirés de ces conventions sur tel ou tel aspect de la question des immunités. Elles ne contiennent toutefois aucune disposition fixant de manière précise les immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères. C'est par conséquent sur la base du droit international coutumier que la Cour devra trancher les questions relatives aux immunités de ces ministres soulevées en l'espèce.

53. En droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente. Afin de déterminer l'étendue de ces immunités, la Cour devra donc d'abord examiner la nature des fonctions exercées par un ministre des affaires étrangères. Celui-ci assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement et le représente généralement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales. Les ambassadeurs et autres agents diplomatiques sont appelés à exercer leurs fonctions sous son autorité. Ses actes sont susceptibles de lier l'Etat qu'il représente, et un ministre des affaires étrangères est considéré, au titre des fonctions qui sont les siennes,

holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal. For the purposes of the present case, it is only the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability of an incumbent Minister for Foreign Affairs that fall for the Court to consider.

52. A certain number of treaty instruments were cited by the Parties in this regard. These included, first, the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961, which states in its preamble that the purpose of diplomatic privileges and immunities is "to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing States". It provides in Article 32 that only the sending State may waive such immunity. On these points, the Vienna Convention on Diplomatic Relations, to which both the Congo and Belgium are parties, reflects customary international law. The same applies to the corresponding provisions of the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963, to which the Congo and Belgium are also parties.

The Congo and Belgium further cite the New York Convention on Special Missions of 8 December 1969, to which they are not, however, parties. They recall that under Article 21, paragraph 2, of that Convention:

> "The Head of the Government, the Minister for Foreign Affairs and other persons of high rank, when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in a third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law."

These conventions provide useful guidance on certain aspects of the question of immunities. They do not, however, contain any provision specifically defining the immunities enjoyed by Ministers for Foreign Affairs. It is consequently on the basis of customary international law that the Court must decide the questions relating to the immunities of such Ministers raised in the present case.

53. In customary international law, the immunities accorded to Ministers for Foreign Affairs are not granted for their personal benefit, but to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States. In order to determine the extent of these immunities, the Court must therefore first consider the nature of the functions exercised by a Minister for Foreign Affairs. He or she is in charge of his or her Government's diplomatic activities and generally acts as its representative in international negotiations and intergovernmental meetings. Ambassadors and other diplomatic agents carry out their duties under his or her authority. His or her acts may bind the State represented, and there is a presumption that a Minister for Foreign Affairs, simply by virtue of that office, has full powers to act on behalf of the State (see, for

comme doté des pleins pouvoirs pour agir au nom de l'Etat (voir par exemple l'alinéa *a)* du paragraphe 2 de l'article 7 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités). Dans l'exercice de ses fonctions, il est fréquemment appelé à se déplacer à l'étranger et doit dès lors être en mesure de le faire librement dès que la nécessité s'en fait sentir. Il doit également demeurer en liaison constante avec son gouvernement ainsi qu'avec les missions diplomatiques que celui-ci entretient dans le monde entier, et pouvoir à tout moment communiquer avec les représentants d'autres Etats. La Cour fait en outre observer qu'un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son Etat avec tous les autres Etats, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'Etat et du chef du gouvernement il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son Etat du seul fait de l'exercice de sa fonction. Il n'a pas à présenter de lettres de créance: tout au contraire, c'est généralement lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance. Enfin, c'est auprès du ministère des affaires étrangères que les chargés d'affaires sont accrédités.

54. La Cour en conclut que les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions.

55. A cet égard, il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre «officiel» et ceux qui l'auraient été à titre «privé», pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions. C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre Etat à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. Les obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves, que le ministre des affaires étrangères, au moment de son arrestation, ait été présent à titre officiel ou privé sur le territoire de l'Etat ayant procédé à cette arrestation, que celle-ci concerne des actes qu'il aurait accomplis avant d'occuper le poste de ministre des affaires étrangères ou des actes accomplis dans le cadre de ses fonctions, ou encore qu'elle concerne des actes qu'il aurait accomplis à titre «officiel» ou des actes qu'il aurait accomplis à titre «privé». En outre, le simple fait qu'en se rendant dans un autre Etat ou qu'en traversant celui-ci un ministre des affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire peut le dissuader de se déplacer à l'étranger lorsqu'il est dans l'obligation de le faire pour s'acquitter de ses fonctions.

* *

example, Article 7, paragraph 2 *(a)*, of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties). In the performance of these functions, he or she is frequently required to travel internationally, and thus must be in a position freely to do so whenever the need should arise. He or she must also be in constant communication with the Government, and with its diplomatic missions around the world, and be capable at any time of communicating with representatives of other States. The Court further observes that a Minister for Foreign Affairs, responsible for the conduct of his or her State's relations with all other States, occupies a position such that, like the Head of State or the Head of Government, he or she is recognized under international law as representative of the State solely by virtue of his or her office. He or she does not have to present letters of credence: to the contrary, it is generally the Minister who determines the authority to be conferred upon diplomatic agents and countersigns their letters of credence. Finally, it is to the Minister for Foreign Affairs that chargés d'affaires are accredited.

54. The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.

55. In this respect, no distinction can be drawn between acts performed by a Minister for Foreign Affairs in an "official" capacity, and those claimed to have been performed in a "private capacity", or, for that matter, between acts performed before the person concerned assumed office as Minister for Foreign Affairs and acts committed during the period of office. Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office. The consequences of such impediment to the exercise of those official functions are equally serious, regardless of whether the Minister for Foreign Affairs was, at the time of arrest, present in the territory of the arresting State on an "official" visit or a "private" visit, regardless of whether the arrest relates to acts allegedly performed before the person became the Minister for Foreign Affairs or to acts performed while in office, and regardless of whether the arrest relates to alleged acts performed in an "official" capacity or a "private" capacity. Furthermore, even the mere risk that, by travelling to or transiting another State a Minister for Foreign Affairs might be exposing himself or herself to legal proceedings could deter the Minister from travelling internationally when required to do so for the purposes of the performance of his or her official functions.

* *

56. La Cour passera maintenant à l'examen de l'argumentation de la Belgique selon laquelle les immunités reconnues aux ministres des affaires étrangères en exercice ne peuvent en aucun cas protéger ceux-ci lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Aux fins d'étayer cette position, la Belgique se réfère dans son contre-mémoire à divers instruments juridiques créant des juridictions pénales internationales, à des exemples tirés de législations nationales, ainsi qu'à la jurisprudence de juridictions internes et internationales.

La Belgique précise tout d'abord que des dispositions des instruments créant des juridictions pénales internationales prévoient expressément que la qualité officielle d'une personne n'est pas un obstacle à l'exercice de leur compétence par ces juridictions.

Elle insiste également sur certaines décisions rendues par des juridictions nationales et tout particulièrement sur les décisions rendues le 24 mars 1999 par la Chambre des lords du Royaume-Uni et le 13 mars 2001 par la Cour de cassation française, respectivement dans les affaires *Pinochet* et *Kadhafi*, dans lesquelles une exception à la règle de l'immunité aurait été admise en cas de crimes graves de droit international. Ainsi, selon la Belgique, la décision *Pinochet* reconnaît une exception à la règle de l'immunité lorsque lord Millet dit qu'«on ne peut supposer que le droit international ait institué un crime relevant du *jus cogens* tout en prévoyant une immunité ayant la même portée que l'obligation qu'il cherche à imposer», ou que lord Phillips of Worth Matravers expose qu'«aucune règle établie de droit international n'exige que l'immunité d'un Etat *ratione materiae* soit accordée dans le cadre de poursuites pour crime international». Quant à la Cour de cassation française, en décidant que, «en l'état du droit international, le crime dénoncé [faits de terrorisme], quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice», elle aurait reconnu explicitement, selon la Belgique, l'existence de telles exceptions.

57. Le Congo soutient pour sa part que, en l'état actuel du droit international, rien ne permet de soutenir qu'il existerait une quelconque exception au principe de l'immunité pénale absolue du ministre des affaires étrangères en exercice dans le cas où il serait accusé d'avoir commis des crimes de droit international.

A l'appui de cette affirmation, le Congo se réfère à la pratique des Etats, examinant notamment à ce titre les affaires *Pinochet* et *Kadhafi*, pour constater que cette pratique ne correspond pas à ce que la Belgique prétend, mais consacre au contraire le caractère absolu de l'immunité pénale des chefs d'Etat et des ministres des affaires étrangères. Ainsi, s'agissant de la décision *Pinochet*, le Congo cite lord Browne-Wilkinson, selon lequel l'«immunité dont jouit un chef d'Etat en fonction ou un ambassadeur en exercice est une immunité totale liée à la personne du chef d'Etat ou de l'ambassadeur et qui exclut toute action ou poursuite judiciaire à son encontre...». Selon le Congo, la Cour de cassation fran-

56. The Court will now address Belgium's argument that immunities accorded to incumbent Ministers for Foreign Affairs can in no case protect them where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity. In support of this position, Belgium refers in its Counter-Memorial to various legal instruments creating international criminal tribunals, to examples from national legislation, and to the jurisprudence of national and international courts.

Belgium begins by pointing out that certain provisions of the instruments creating international criminal tribunals state expressly that the official capacity of a person shall not be a bar to the exercise by such tribunals of their jurisdiction.

Belgium also places emphasis on certain decisions of national courts, and in particular on the judgments rendered on 24 March 1999 by the House of Lords in the United Kingdom and on 13 March 2001 by the Court of Cassation in France in the *Pinochet* and *Qaddafi* cases respectively, in which it contends that an exception to the immunity rule was accepted in the case of serious crimes under international law. Thus, according to Belgium, the *Pinochet* decision recognizes an exception to the immunity rule when Lord Millett stated that "[i]nternational law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is coextensive with the obligation it seeks to impose", or when Lord Phillips of Worth Matravers said that "no established rule of international law requires state immunity *ratione materiae* to be accorded in respect of prosecution for an international crime". As to the French Court of Cassation, Belgium contends that, in holding that, "under international law as it currently stands, the crime alleged [acts of terrorism], irrespective of its gravity, does not come within the exceptions to the principle of immunity from jurisdiction for incumbent foreign Heads of State", the Court explicitly recognized the existence of such exceptions.

57. The Congo, for its part, states that, under international law as it currently stands, there is no basis for asserting that there is any exception to the principle of absolute immunity from criminal process of an incumbent Minister for Foreign Affairs where he or she is accused of having committed crimes under international law.

In support of this contention, the Congo refers to State practice, giving particular consideration in this regard to the *Pinochet* and *Qaddafi* cases, and concluding that such practice does not correspond to that which Belgium claims but, on the contrary, confirms the absolute nature of the immunity from criminal process of Heads of State and Ministers for Foreign Affairs. Thus, in the *Pinochet* case, the Congo cites Lord Browne-Wilkinson's statement that "[t]his immunity enjoyed by a head of state in power and an ambassador in post is a complete immunity attached to the person of the head of state or ambassador and rendering him immune from all actions or prosecutions . . .". According to the Congo, the

çaise aurait adopté la même position dans son arrêt *Kadhafi* en affirmant que «la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger».

Quant aux instruments créant des juridictions pénales internationales et à la jurisprudence de ces dernières, ils ne concernent, selon le Congo, que ces seules juridictions internationales et rien ne saurait en être tiré en ce qui concerne les actions pénales devant des juridictions nationales à l'encontre des personnes jouissant d'une immunité en vertu du droit international.

*

58. La Cour a examiné avec soin la pratique des Etats, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales, telle la Chambre des lords ou la Cour de cassation française. Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

La Cour a par ailleurs examiné les règles afférentes à l'immunité ou à la responsabilité pénale des personnes possédant une qualité officielle contenues dans les instruments juridiques créant des juridictions pénales internationales et applicables spécifiquement à celles-ci (voir statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, art. 7; statut du Tribunal militaire international de Tokyo, art. 6; statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 7, par. 2; statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 6, par. 2; statut de la Cour pénale internationale, art. 27). Elle a constaté que ces règles ne lui permettaient pas davantage de conclure à l'existence, en droit international coutumier, d'une telle exception en ce qui concerne les juridictions nationales.

Enfin, aucune des décisions des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, ainsi que du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, que cite la Belgique ne traite de la question des immunités des ministres des affaires étrangères en exercice devant les juridictions nationales lorsqu'ils sont accusés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. La Cour note, par conséquent, que ces décisions ne contredisent en rien les constatations auxquelles elle a procédé ci-dessus.

Au vu de ce qui précède, la Cour ne saurait donc accueillir l'argumentation présentée par la Belgique à cet égard.

59. Il convient en outre de relever que les règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées: la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas

French Court of Cassation adopted the same position in its *Qaddafi* judgment, in affirming that "international custom bars the prosecution of incumbent Heads of State, in the absence of any contrary international provision binding on the parties concerned, before the criminal courts of a foreign State".

As regards the instruments creating international criminal tribunals and the latter's jurisprudence, these, in the Congo's view, concern only those tribunals, and no inference can be drawn from them in regard to criminal proceedings before national courts against persons enjoying immunity under international law.

*

58. The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.

The Court has also examined the rules concerning the immunity or criminal responsibility of persons having an official capacity contained in the legal instruments creating international criminal tribunals, and which are specifically applicable to the latter (see Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg, Art. 7; Charter of the International Military Tribunal of Tokyo, Art. 6; Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Art. 7, para. 2; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, Art. 6, para. 2; Statute of the International Criminal Court, Art. 27). It finds that these rules likewise do not enable it to conclude that any such an exception exists in customary international law in regard to national courts.

Finally, none of the decisions of the Nuremberg and Tokyo international military tribunals, or of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, cited by Belgium deal with the question of the immunities of incumbent Ministers for Foreign Affairs before national courts where they are accused of having committed war crimes or crimes against humanity. The Court accordingly notes that those decisions are in no way at variance with the findings it has reached above.

In view of the foregoing, the Court accordingly cannot accept Belgium's argument in this regard.

59. It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus,

la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des Etats des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un Etat étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions.

60. La Cour souligne toutefois que l'*immunité* de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une *impunité* au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale.

61. Les immunités dont bénéficie en droit international un ministre ou un ancien ministre des affaires étrangères ne font en effet pas obstacle à ce que leur responsabilité pénale soit recherchée dans certaines circonstances.

Ils ne bénéficient, en premier lieu, en vertu du droit international d'aucune immunité de juridiction pénale dans leur propre pays et peuvent par suite être traduits devant les juridictions de ce pays conformément aux règles fixées en droit interne.

En deuxième lieu, ils ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'Etat qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité.

En troisième lieu, dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats. A condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé.

En quatrième lieu, un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, établis par des résolutions du Conseil de sécurité adoptées en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ainsi que la future Cour pénale internationale instituée par la convention de Rome de 1998, en sont des exemples. Le statut de cette dernière prévoit expressément, au paragraphe 2 de son

although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions.

60. The Court emphasizes, however, that the *immunity* from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.

61. Accordingly, the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister for Foreign Affairs do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances.

First, such persons enjoy no criminal immunity under international law in their own countries, and may thus be tried by those countries' courts in accordance with the relevant rules of domestic law.

Secondly, they will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity.

Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity.

Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International Criminal Court created by the 1998 Rome Convention. The latter's Statute expressly provides, in Article 27, paragraph 2, that "[i]mmunities or special procedural rules which may attach to the

article 27, que «les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne».

* * *

62. Compte tenu des conclusions auxquelles la Cour est parvenue ci-dessus quant à la nature et à la portée des règles afférentes à l'immunité de juridiction pénale des ministres des affaires étrangères en exercice, il lui faut à présent examiner si, dans le cas d'espèce, l'émission du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et la diffusion de celui-ci sur le plan international ont contrevenu à ces règles. La Cour rappelle en effet qu'aux termes de sa première conclusion finale le Congo la prie de dire et juger:

> «Que, en émettant et en diffusant internationalement le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 délivré à charge de M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, la Belgique a violé, à l'encontre de la République démocratique du Congo, la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues des ministres des affaires étrangères en fonction; que, ce faisant, elle a porté atteinte au principe de l'égalité souveraine entre les Etats.»

63. A l'appui de cette conclusion, le Congo affirme que le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 constitue comme tel un «acte juridique coercitif» portant atteinte à l'immunité et aux droits souverains du Congo, dans la mesure où il vise à «soumettre à un pouvoir juridictionnel répressif interne un gouvernant étranger qui lui échappe en principe» et est exécutoire de plein droit et sans formalité particulière en Belgique.

Le Congo considère que la simple émission de ce mandat constituait ainsi un acte de contrainte dirigé contre la personne de M. Yerodia, même en l'absence d'exécution.

64. Quant à la diffusion internationale dudit mandat d'arrêt, elle a non seulement, selon le Congo, emporté de nouvelles violations des règles susmentionnées, mais a en outre aggravé le préjudice moral qu'il a subi, en raison de l'opprobre «ainsi jeté sur l'un des membres les plus éminents de son gouvernement». Le Congo fait valoir de surcroît qu'une telle diffusion a fondamentalement porté atteinte à ses droits souverains en ce qu'elle a considérablement limité le libre et plein exercice, par son ministre des affaires étrangères, des fonctions de négociation internationale et de représentation dont il s'était vu confier la charge par l'ancien président du Congo. Selon lui, la Belgique «exprime[rait] [ainsi] l'intention de voir la personne concernée arrêtée là où elle se trouve, en vue d'obtenir son extradition». Le Congo souligne par ailleurs qu'il convient d'éviter toute confusion entre les arguments relatifs à l'effet juridique du mandat d'arrêt à l'étranger et la question de la responsabilité des Etats tiers lui donnant effet. Il expose à ce sujet qu'aucun Etat n'a donné suite au mandat d'arrêt et qu'il ne convient dès lors pas de «s'interroger plus avant sur la respon-

official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person".

* * *

62. Given the conclusions it has reached above concerning the nature and scope of the rules governing the immunity from criminal jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs, the Court must now consider whether in the present case the issue of the arrest warrant of 11 April 2000 and its international circulation violated those rules. The Court recalls in this regard that the Congo requests it, in its first final submission, to adjudge and declare that:

> "[B]y issuing and internationally circulating the arrest warrant of 11 April 2000 against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, Belgium committed a violation in regard to the Democratic Republic of the Congo of the rule of customary international law concerning the absolute inviolability and immunity from criminal process of incumbent foreign ministers; in so doing, it violated the principle of sovereign equality among States."

63. In support of this submission, the Congo maintains that the arrest warrant of 11 April 2000 as such represents a "coercive legal act" which violates the Congo's immunity and sovereign rights, inasmuch as it seeks to "subject to an organ of domestic criminal jurisdiction a member of a foreign government who is in principle beyond its reach" and is fully enforceable without special formality in Belgium.

The Congo considers that the mere issuance of the warrant thus constituted a coercive measure taken against the person of Mr. Yerodia, even if it was not executed.

64. As regards the international circulation of the said arrest warrant, this, in the Congo's view, not only involved further violations of the rules referred to above, but also aggravated the moral injury which it suffered as a result of the opprobrium "thus cast upon one of the most prominent members of its Government". The Congo further argues that such circulation was a fundamental infringement of its sovereign rights in that it significantly restricted the full and free exercise, by its Minister for Foreign Affairs, of the international negotiation and representation functions entrusted to him by the Congo's former President. In the Congo's view, Belgium "[thus] manifests an intention to have the individual concerned arrested at the place where he is to be found, with a view to procuring his extradition". The Congo emphasizes moreover that it is necessary to avoid any confusion between the arguments concerning the legal effect of the arrest warrant abroad and the question of any responsibility of the foreign authorities giving effect to it. It points out in this regard that no State has acted on the arrest warrant, and that accordingly

sabilité spécifique qui pourrait en résulter dans le chef de l'Etat qui l'exécute, ni sur la manière dont celle-ci devrait s'articuler» avec celle de l'Etat belge. Le Congo observe que, dans une telle hypothèse, «il y [aurait] une relation causale immédiate entre le mandat d'arrêt délivré en Belgique et l'acte d'exécution qui serait [opéré] ailleurs».

65. La Belgique rejette l'argumentation du Congo au motif que «la nature du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 [serait] telle [que celui-ci] n'a ni violé la souveraineté [du Congo] ni créé aucune obligation pour [ce dernier]».

S'agissant des effets juridiques du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 en droit belge, la Belgique expose que l'objet manifeste du mandat était d'obtenir que, dans le cas où M. Yerodia serait trouvé en Belgique, l'intéressé soit détenu par les autorités belges compétentes, aux fins de le poursuivre pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Selon elle, le juge d'instruction belge aurait toutefois clairement distingué dans le mandat entre, d'une part, immunité de juridiction et, d'autre part, immunité d'exécution pour les représentants d'Etats étrangers visitant la Belgique à la suite d'une invitation officielle, en précisant que ces personnes seraient à l'abri de l'exécution d'un mandat d'arrêt en Belgique. La Belgique prétend également que, par ses effets, le mandat d'arrêt en cause revêt un caractère national puisqu'il exige l'arrestation de M. Yerodia, si celui-ci devait se trouver en Belgique, mais qu'il n'a pas un tel effet à l'étranger.

66. Pour ce qui a trait aux effets juridiques du mandat d'arrêt hors de la Belgique, celle-ci soutient que le mandat n'impose aux autorités d'aucun autre Etat une quelconque obligation d'arrêter M. Yerodia en l'absence d'une démarche supplémentaire de la Belgique consistant à compléter ou valider le mandat d'arrêt (sous la forme par exemple d'une demande de mise en détention provisoire de M. Yerodia), ou de l'émission d'un mandat d'arrêt par les autorités compétentes de l'Etat concerné à la suite d'une demande en ce sens, ou encore de la diffusion d'une notice rouge d'Interpol. Dès lors, en dehors de la Belgique, l'objet du mandat aurait certes été «d'établir une base juridique pour l'arrestation de M. Yerodia ... ainsi que [pour] son extradition ultérieure vers la Belgique», mais le mandat n'aurait eu d'effet juridique que s'il avait été assorti d'un acte préalable «exigeant l'arrestation de M. Yerodia ... par les autorités compétentes dans un Etat tiers». La Belgique fait valoir par ailleurs que, «si un Etat avait exécuté le mandat d'arrêt, il aurait, peut-être, porté atteinte à l'immunité pénale de M. Yerodia», mais que «l'auteur direct de l'atteinte aurait été cet Etat [et] non la Belgique».

*

67. La Cour rappellera tout d'abord que le «mandat d'arrêt international par défaut», délivré le 11 avril 2000 par un juge d'instruction près le tribunal de première instance de Bruxelles, vise M. Yerodia en précisant

blique démocratique du Congo et au Gouvernement du Royaume de Belgique.

Le président,
(Signé) Gilbert GUILLAUME.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

M. GUILLAUME, président, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle; M. ODA, juge, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente; M. RANJEVA, juge, joint une déclaration à l'arrêt; M. KOROMA, juge, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle; M^me^ HIGGINS et MM. KOOIJMANS et BUERGENTHAL, juges, joignent à l'arrêt l'exposé de leur opinion individuelle commune; M. REZEK, juge, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle; M. AL-KHASAWNEH, juge, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente; M. BULA-BULA, juge *ad hoc*, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle; M^me^ VAN DEN WYNGAERT, juge *ad hoc*, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente.

(Paraphé) G.G.
(Paraphé) Ph.C.

(principe de la compétence dite universelle)». Elle a toutefois ajouté «qu'une condition préalable est que le droit international n'interdise pas qu'il soit procédé de la sorte»; en outre, c'est seulement si, dans chaque cas, il existe un «lien» légitimant des poursuites en Allemagne «qu'il est possible d'appliquer la loi pénale allemande à la conduite d'un étranger à l'étranger. En l'absence d'un tel lien avec l'Etat du for, des poursuites criminelles violent le principe de non-ingérence selon lequel chaque Etat doit respecter la souveraineté des autres Etats.»[18] Au cas particulier, la Cour fédérale estima qu'un tel lien existait du fait que l'accusé résidait volontairement depuis plusieurs mois en Allemagne, qu'il y avait établi le centre de ses intérêts et qu'il avait été arrêté en territoire allemand.

La Cour suprême des Pays-Bas (Hoge Raad) a eu à connaître de problèmes comparables dans l'affaire *Bouterse*. Elle a relevé que la législation néerlandaise adoptée pour l'application des conventions de La Haye de 1970 et de Montréal de 1971 ne donnait compétence aux juridictions néerlandaises pour des infractions commises à l'étranger que si «l'accusé était trouvé aux Pays-Bas». Elle en a déduit qu'il en était de même dans le cas de la convention de 1984 contre la torture, bien que cette précision n'ait pas été introduite dans la législation portant application de ladite convention. Elle a donc jugé que des poursuites aux Pays-Bas pour des actes de torture commis à l'étranger n'étaient possibles que

> «si l'une des conditions de rattachement prévue par la convention pour l'établissement de la compétence juridictionnelle était remplie, par exemple si l'accusé ou la victime était néerlandais ou devait être regardé comme tel ou si l'accusé se trouvait sur le territoire néerlandais au moment de son arrestation»[19].

[18] Bundesgerichtshof, 13 février 1994, 1 BGs 100/94, dans *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1994, p. 232-233. Le texte original en allemand se lit comme suit:

> «4 *a)* Nach § 6 Nr. 1 StGB gilt deutsches Strafrecht für ein im Ausland begangenes Verbrechen des Völkermordes (§ 220a StGB), und zwar unabhängig vom Recht des Tatorts (sog. Weltrechtsprinzip). Vorrausse'ung ist allerdings — über den Wortlaut der Vorschrift hinaus —, daß ein völkerrechtliches Verbot nicht entgegensteht und außerdem ein legitimierender Anknüpfungspunkt im Einzelfall einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung zum Inland herstellt; nur dann ist die Anwendung innerstaatlicher (deutscher) Strafgewalt auf die Auslandstat eines Ausländers gerechtfertigt. Fehlt ein derartiger Inlandsbezug, so verstößt die Strafverfolgung gegen das sog. Nichteinmischungsprinzip, das die Achtung der Souveränität fremder Staaten gebietet (BGHSt 27, 30 und 34, 334; Oehler JR 1977, 424; Holzhausen NStZ 1992, 268).»

Dans le même sens, Düsseldorf Oberlandesgericht, 26 septembre 1997, Bundesgerichtshof, 30 avril 1999, *Jorgić*; Düsseldorf Oberlandesgericht, 29 novembre 1999, Bundesgerichtshof, 21 février 2001, *Sokolvić*.

[19] Hoge Raad, 18 septembre 2001, *Bouterse*, par. 8.5. Le texte original en néerlandais se lit comme suit:

> «indien daartoe een in dat Verdrag genoemd aanknopingspunt voor de vestiging van rechtsmacht aanwezig is, bijvoorbeeld omdat de vermoedelijke dader dan wel het slachtoffer Nederlander is of daarmee gelijkgesteld moet worden, of omdat de vermoedelijke dader zich ten tijde van zijn aanhouding in Nederland bevindt».

"no further co[n]sideration need be given to the specific responsibility which a State executing it might incur, or to the way in which that responsibility should be related" to that of the Belgian State. The Congo observes that, in such circumstances, "there [would be] a direct causal relationship between the arrest warrant issued in Belgium and any act of enforcement carried out elsewhere".

65. Belgium rejects the Congo's argument on the ground that "the character of the arrest warrant of 11 April 2000 is such that it has neither infringed the sovereignty of, nor created any obligation for, the [Congo]".

With regard to the legal effects under Belgian law of the arrest warrant of 11 April 2000, Belgium contends that the clear purpose of the warrant was to procure that, if found in Belgium, Mr. Yerodia would be detained by the relevant Belgian authorities with a view to his prosecution for war crimes and crimes against humanity. According to Belgium, the Belgian investigating judge did, however, draw an explicit distinction in the warrant between, on the one hand, immunity from jurisdiction and, on the other hand, immunity from enforcement as regards representatives of foreign States who visit Belgium on the basis of an official invitation, making it clear that such persons would be immune from enforcement of an arrest warrant in Belgium. Belgium further contends that, in its effect, the disputed arrest warrant is national in character, since it requires the arrest of Mr. Yerodia if he is found in Belgium but it does not have this effect outside Belgium.

66. In respect of the legal effects of the arrest warrant outside Belgium, Belgium maintains that the warrant does not create any obligation for the authorities of any other State to arrest Mr. Yerodia in the absence of some further step by Belgium completing or validating the arrest warrant (such as a request for the provisional detention of Mr. Yerodia), or the issuing of an arrest warrant by the appropriate authorities in the State concerned following a request to do so, or the issuing of an Interpol Red Notice. Accordingly, outside Belgium, while the purpose of the warrant was admittedly "to establish a legal basis for the arrest of Mr. Yerodia . . . and his subsequent extradition to Belgium", the warrant had no legal effect unless it was validated or completed by some prior act "requiring the arrest of Mr. Yerodia by the relevant authorities in a third State". Belgium further argues that "[i]f a State had executed the arrest warrant, it might infringe Mr. [Yerodia's] criminal immunity", but that "the Party directly responsible for that infringement would have been that State and not Belgium".

*

67. The Court will first recall that the "international arrest warrant *in absentia*", issued on 11 April 2000 by an investigating judge of the Brussels Tribunal de première instance, is directed against Mr. Yerodia,

cratic Republic of the Congo and the Government of the Kingdom of Belgium, respectively.

(Signed) Gilbert GUILLAUME,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

President GUILLAUME appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judge ODA appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judge RANJEVA appends a declaration to the Judgment of the Court; Judge KOROMA appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judges HIGGINS, KOOIJMANS and BUERGENTHAL append a joint separate opinion to the Judgment of the Court; Judge REZEK appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judge AL-KHASAWNEH appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* BULA-BULA appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court.

(Initialled) G.G.
(Initialled) Ph.C.

universal jurisdiction)". The Court added, however, that "a condition precedent is that international law does not prohibit such action"; it is only, moreover, where there exists in the case in question a "link" legitimizing prosecution in Germany "that it is possible to apply German criminal law to the conduct of a foreigner abroad. In the absence of such a link with the forum State, prosecution would violate the principle of non-interference, under which every State is required to respect the sovereignty of other States."[18] In that case, the Federal Court held that there was such a link by reason of the fact that the accused had been voluntarily residing for some months in Germany, that he had established his centre of interests there and that he had been arrested on German territory.

The Netherlands Supreme Court (Hoge Raad) was faced with comparable problems in the *Bouterse* case. It noted that the Dutch legislation adopted to implement the Hague and Montreal Conventions of 1970 and 1971 only gave the Dutch courts jurisdiction in respect of offences committed abroad if "the accused was found in the Netherlands". It concluded from this that the same applied in the case of the 1984 Convention against Torture, even though no such specific provision had been included in the legislation implementing that Convention. It accordingly held that prosecution in the Netherlands for acts of torture committed abroad was possible only

> "if one of the conditions of connection provided for in that Convention for the establishment of jurisdiction was satisfied, for example if the accused or the victim was Dutch or fell to be regarded as such, or if the accused was on Dutch territory at the time of his arrest"[19].

---

[18] Bundesgerichtshof, 13 February 1994, 1 BGs 100/94, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1994, pp. 232-233. The original German text reads as follows:

> "4 *a)* Nach § 6 Nr. 1 StGB gilt deutsches Strafrecht für ein im Ausland begangenes Verbrechen des Völkermordes (§ 220a StGB), und zwar unabhängig vom Recht des Tatorts (sog. Weltrechtsprinzip). Voraussetzung ist allerdings — über den Wortlaut der Vorschrift hinaus —, daß ein völkerrechtliches Verbot nicht entgegensteht und außerdem ein legitimierender Anknüpfungspunkt im Einzelfall einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung zum Inland herstellt; nur dann ist die Anwendung innerstaatlicher (deutscher) Strafgewalt auf die Auslandstat eines Ausländers gerechtfertigt. Fehlt ein derartiger Inlandsbezug, so verstößt die Strafverfolgung gegen das sog. Nichteinmischungsprinzip, das die Achtung der Souveränität fremder Staaten gebietet (BGHSt 27, 30 und 34, 334; Oehler JR 1977, 424; Holzhausen NStZ 1992, 268)."

Similarly, Düsseldorf Oberlandesgericht, 26 September 1997, Bundesgerichtshof, 30 April 1999, *Jorgić*; Düsseldorf Oberlandesgericht, 29 November 1999, Bundesgerichtshof, 21 February 2001, *Sokolvić*.

[19] Hoge Raad, 18 September 2001, *Bouterse*, para. 8.5. The original Dutch text reads as follows:

> "indien daartoe een in dat Verdrag genoemd aankopingspunt voor de vestiging van rechtsmacht aanwezig is, bijvoorbeeld omdat de vermoedelijke dader dan wel het slachtoffer Nederlander is of daarmee gelijkgesteld moet worden, of omdat de vermoedelijke dader zich ten tijde van zijn aanhouding in Nederland bevindt".

que celui-ci est «actuellement ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo, ayant sa résidence professionnelle au ministère des affaires étrangères à Kinshasa». Le mandat indique que M. Yerodia est inculpé, «comme auteur ou coauteur», de:

«— Crimes de droit international constituant des infractions graves portant atteinte par action ou omission aux personnes et aux biens protégés par les conventions signées à Genève le 12 août 1949 et par les protocoles I et II additionnels à ces conventions (article 1, paragraphe 3, de la loi du 16 juin 1993 modifiée par la loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire)

— Crimes contre l'humanité (article 1, paragraphe 2, de la loi du 16 juin 1993 modifiée par la loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire).»

Le mandat fait état de «différents discours incitant à la haine raciale» et de «propos particulièrement virulents» que M. Yerodia aurait tenus lors d'«interventions publiques relayées par les médias» en date des 4 août et 27 août 1998. Il y est ajouté ce qui suit:

«Ces discours auraient eu pour effet d'inciter la population à s'en prendre aux résidents tutsi de Kinshasa: il fut question d'opérations de ratissage, de chasse à l'homme (l'ennemi tutsi), de scènes de lynchage.

Les discours incitant à la haine raciale auraient ainsi eu pour résultat la mort de plusieurs centaines de personnes et l'internement de Tutsi, des exécutions sommaires, des arrestations arbitraires et des procès injustes.»

68. Il est dit en outre dans le mandat que «la qualité de ministre des affaires étrangères que possède à l'heure actuelle l'inculpé n'entraîne pas d'immunité de juridiction et d'exécution». Le juge d'instruction observe toutefois dans le mandat que «la règle de l'absence d'immunité en droit humanitaire ... paraît devoir connaître un tempérament sur le plan de l'immunité d'exécution» et explique ce qui suit:

«En vertu du principe général de loyauté de l'action de la justice, une immunité d'exécution doit être, à notre sens, reconnue à tout représentant d'un Etat qui est accueilli sur le territoire belge en tant que tel (en «visite officielle»). L'accueil d'une telle personnalité étrangère en tant que représentant officiel d'un Etat souverain met en jeu non seulement des relations entre individus mais également des relations entre Etats. Dans cet ordre d'idées, il inclut l'engagement de l'Etat accueillant et de ses différentes composantes de ne prendre aucune mesure coercitive à l'égard de son hôte et cette invitation ne pourrait devenir le prétexte pour faire tomber l'intéressé dans ce qui devrait alors être qualifié de guet-apens. Dans l'hypo-

stating that he is "currently Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo, having his business address at the Ministry of Foreign Affairs in Kinshasa". The warrant states that Mr. Yerodia is charged with being "the perpetrator or co-perpetrator" of:

"— Crimes under international law constituting grave breaches causing harm by act or omission to persons and property protected by the Conventions signed at Geneva on 12 August 1949 and by Additional Protocols I and II to those Conventions (Article 1, paragraph 3, of the Law of 16 June 1993, as amended by the Law of 10 February 1999 concerning the punishment of serious violations of international humanitarian law)
— Crimes against humanity (Article 1, paragraph 2, of the Law of 16 June 1993, as amended by the Law of 10 February 1999 concerning the punishment of serious violations of international humanitarian law)."

The warrant refers to "various speeches inciting racial hatred" and to "particularly virulent remarks" allegedly made by Mr. Yerodia during "public addresses reported by the media" on 4 August and 27 August 1998. It adds:

> "These speeches allegedly had the effect of inciting the population to attack Tutsi residents of Kinshasa: there were dragnet searches, manhunts (the Tutsi enemy) and lynchings.
>
> The speeches inciting racial hatred thus are said to have resulted in several hundred deaths, the internment of Tutsis, summary executions, arbitrary arrests and unfair trials."

68. The warrant further states that "the position of Minister for Foreign Affairs currently held by the accused does not entail immunity from jurisdiction and enforcement". The investigating judge does, however, observe in the warrant that "the rule concerning the absence of immunity under humanitarian law would appear . . . to require some qualification in respect of immunity from enforcement" and explains as follows:

> "Pursuant to the general principle of fairness in judicial proceedings, immunity from enforcement must, in our view, be accorded to all State representatives welcomed as such onto the territory of Belgium (on 'official visits'). Welcoming such foreign dignitaries as official representatives of sovereign States involves not only relations between individuals but also relations between States. This implies that such welcome includes an undertaking by the host State and its various components to refrain from taking any coercive measures against its guest and the invitation cannot become a pretext for ensnaring the individual concerned in what would then have to be labelled a trap. In the contrary case, failure to respect this

thèse contraire, le non-respect de cet engagement pourrait entraîner la responsabilité de l'Etat hôte sur le plan international.»

69. Le mandat d'arrêt s'achève sur l'injonction suivante:

«Mandons et ordonnons à tous huissiers de justice et agents de la force publique à ce requis de mettre le présent mandat d'arrêt à exécution et de conduire l'inculpé à la maison d'arrêt de Forest;

Enjoignons au directeur de la prison de recevoir l'inculpé(e) et de le (la) garder dans la maison d'arrêt en vertu du présent mandat d'arrêt;

Requérons tous dépositaires de la force publique, auxquels le présent mandat sera exhibé, de prêter main-forte à son exécution.»

70. La Cour note que l'*émission* du mandat d'arrêt litigieux, comme telle, constitue un acte de l'autorité judiciaire belge ayant vocation à permettre l'arrestation, sur le territoire belge, d'un ministre des affaires étrangères en exercice inculpé de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Le caractère exécutoire du mandat ressort clairement de l'injonction adressée «à tous huissiers de justice et agents de la force publique ... de mettre le présent mandat d'arrêt à exécution» (voir paragraphe 69 ci-dessus), ainsi que de l'affirmation, faite dans le mandat, que «la qualité de ministre des affaires étrangères que possède à l'heure actuelle l'inculpé n'entraîne pas d'immunité de juridiction et d'exécution». La Cour observe certes que le cas de visite officielle de M. Yerodia en Belgique a été réservé dans le cadre dudit mandat, et que M. Yerodia n'a fait l'objet d'aucune arrestation en Belgique. Elle doit toutefois constater que, compte tenu de la nature et de l'objet du mandat, la seule émission de celui-ci portait atteinte à l'immunité de M. Yerodia en sa qualité de ministre des affaires étrangères en exercice du Congo. La Cour en conclut que l'émission dudit mandat a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, en ce qu'elle a méconnu l'immunité de ce ministre et, plus particulièrement, violé l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouissait alors en vertu du droit international.

71. La Cour constate également que la Belgique reconnaît que la *diffusion* sur le plan international du mandat d'arrêt litigieux avait pour objet «d'établir une base juridique pour l'arrestation de M. Yerodia ... à l'étranger ainsi que [pour] son extradition ultérieure vers la Belgique». La Partie défenderesse soutient toutefois que l'exécution dudit mandat dans des Etats tiers aurait «dépend[u] de l'existence d'autres démarches préliminaires» et que, étant donné le caractère «incomplet» du mandat à l'égard des Etats tiers, il n'y aurait pas eu «violation de la souveraineté [du Congo]». Elle souligne en outre qu'une notice rouge n'a été demandée à Interpol que le 12 septembre 2001, à un moment où M. Yerodia n'était plus ministre.

La Cour ne saurait partager ce point de vue. Comme dans le cas de l'émission du mandat, la diffusion de celui-ci dès juin 2000 par les autorités belges sur le plan international, compte tenu de sa nature et de son

undertaking could give rise to the host State's international responsibility."

69. The arrest warrant concludes with the following order:

"We instruct and order all bailiffs and agents of public authority who may be so required to execute this arrest warrant and to conduct the accused to the detention centre in Forest;

We order the warden of the prison to receive the accused and to keep him (her) in custody in the detention centre pursuant to this arrest warrant;

We require all those exercising public authority to whom this warrant shall be shown to lend all assistance in executing it "

70. The Court notes that the *issuance*, as such, of the disputed arrest warrant represents an act by the Belgian judicial authorities intended to enable the arrest on Belgian territory of an incumbent Minister for Foreign Affairs on charges of war crimes and crimes against humanity. The fact that the warrant is enforceable is clearly apparent from the order given to "all bailiffs and agents of public authority . . . to execute this arrest warrant" (see paragraph 69 above) and from the assertion in the warrant that "the position of Minister for Foreign Affairs currently held by the accused does not entail immunity from jurisdiction and enforcement". The Court notes that the warrant did admittedly make an exception for the case of an official visit by Mr. Yerodia to Belgium, and that Mr. Yerodia never suffered arrest in Belgium. The Court is bound, however, to find that, given the nature and purpose of the warrant, its mere issue violated the immunity which Mr. Yerodia enjoyed as the Congo's incumbent Minister for Foreign Affairs. The Court accordingly concludes that the issue of the warrant constituted a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of that Minister and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by him under international law.

71. The Court also notes that Belgium admits that the purpose of the international *circulation* of the disputed arrest warrant was "to establish a legal basis for the arrest of Mr. Yerodia . . . abroad and his subsequent extradition to Belgium". The Respondent maintains, however, that the enforcement of the warrant in third States was "dependent on some further preliminary steps having been taken" and that, given the "inchoate" quality of the warrant as regards third States, there was no "infringe[ment of] the sovereignty of the [Congo]". It further points out that no Interpol Red Notice was requested until 12 September 2001, when Mr. Yerodia no longer held ministerial office.

The Court cannot subscribe to this view. As in the case of the warrant's issue, its international circulation from June 2000 by the Belgian authorities, given its nature and purpose, effectively infringed Mr. Yero-

objet, portait en effet atteinte à l'immunité dont M. Yerodia jouissait en tant que ministre des affaires étrangères en exercice du Congo et était de surcroît susceptible d'affecter la conduite par le Congo de ses relations internationales. L'intéressé étant appelé, en cette qualité, à entreprendre des voyages dans l'exercice de ses fonctions, la seule diffusion du mandat sur le plan international, en l'absence même «d'autres démarches» de la part de la Belgique, aurait pu en particulier conduire à son arrestation lors d'un déplacement à l'étranger. La Cour observe à cet égard que la Belgique elle-même fait état d'une information selon laquelle M. Yerodia «aurait appris, lors d'une demande de visa pour se rendre dans deux pays, qu'il risquait d'être arrêté en raison du mandat d'arrêt lancé contre lui par la Belgique» et qu'elle a ajouté que «[c]'est d'ailleurs ce que [le Congo] ... laisse entendre lorsqu'[il] écrit que le mandat d'arrêt a obligé «le ministre Yerodia ... à emprunter des voies parfois moins directes pour voyager». Par voie de conséquence, la Cour conclut que la diffusion dudit mandat, qu'elle ait ou non entravé en fait l'activité diplomatique de M. Yerodia, a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, en ce qu'elle a méconnu l'immunité du ministre des affaires étrangères en exercice du Congo et, plus particulièrement, violé l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouissait alors en vertu du droit international.

* * *

72. La Cour se penchera maintenant sur la question de la réparation demandée par le Congo en raison de la violation, par la Belgique, des règles de droit international susvisées. Aux termes des deuxième, troisième et quatrième conclusions du Congo, la Cour est priée de dire et juger:

> «Que la constatation solennelle par la Cour du caractère illicite [de l'émission et de la diffusion internationale du mandat d'arrêt] constitue une forme adéquate de satisfaction permettant de réparer le dommage moral qui en découle dans le chef de la République démocratique du Congo;
>
> Que les violations du droit international dont procèdent l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 interdisent à tout Etat, en ce compris la Belgique, d'y donner suite;
>
> Que la Belgique est tenue de retirer et mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et de faire savoir auprès des autorités étrangères auxquelles ledit mandat fut diffusé qu'elle renonce à solliciter leur coopération pour l'exécution de ce mandat illicite.»

73. A l'appui desdites conclusions, le Congo fait valoir que le fait qu'il ait été mis fin aux fonctions officielles de M. Yerodia n'a nullement eu pour conséquence d'effacer le fait illicite et le dommage qui en découle, lesquels demeurent. Il expose que le mandat est illicite *ab initio*, que «[s]on vice est radical», et qu'il ne saurait dès lors produire aujourd'hui

dia's immunity as the Congo's incumbent Minister for Foreign Affairs and was furthermore liable to affect the Congo's conduct of its international relations. Since Mr. Yerodia was called upon in that capacity to undertake travel in the performance of his duties, the mere international circulation of the warrant, even in the absence of "further steps" by Belgium, could have resulted, in particular, in his arrest while abroad. The Court observes in this respect that Belgium itself cites information to the effect that Mr. Yerodia, "on applying for a visa to go to two countries, [apparently] learned that he ran the risk of being arrested as a result of the arrest warrant issued against him by Belgium", adding that "[t]his, moreover, is what the [Congo] . . . hints when it writes that the arrest warrant 'sometimes forced Minister Yerodia to travel by roundabout routes'". Accordingly, the Court concludes that the circulation of the warrant, whether or not it significantly interfered with Mr. Yerodia's diplomatic activity, constituted a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Congo and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by him under international law.

* * *

72. The Court will now address the issue of the remedies sought by the Congo on account of Belgium's violation of the above-mentioned rules of international law. In its second, third and fourth submissions, the Congo requests the Court to adjudge and declare that:

> "A formal finding by the Court of the unlawfulness of [the issue and international circulation of the arrest warrant] constitutes an appropriate form of satisfaction, providing reparation for the consequent moral injury to the Democratic Republic of the Congo;
>
> The violations of international law underlying the issue and international circulation of the arrest warrant of 11 April 2000 preclude any State, including Belgium, from executing it;
>
> Belgium shall be required to recall and cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and to inform the foreign authorities to whom the warrant was circulated that Belgium renounces its request for their co-operation in executing the unlawful warrant."

73. In support of those submissions, the Congo asserts that the termination of the official duties of Mr. Yerodia in no way operated to efface the wrongful act and the injury flowing from it, which continue to exist. It argues that the warrant is unlawful *ab initio*, that "[i]t is fundamentally flawed" and that it cannot therefore have any legal effect today. It points

aucun effet de droit. Le Congo observe que sa demande a pour objet la réparation du dommage causé, réparation qui imposerait que soit restauré l'état qui aurait selon toute probabilité existé si ce fait n'avait pas été commis. Il précise que, dans la mesure où le fait illicite consistait en un acte juridique interne, seul le «retrait» et la «mise à néant» de celui-ci pourraient dès lors constituer une réparation appropriée.

Le Congo souligne par ailleurs qu'il ne demande nullement à la Cour de procéder elle-même au retrait ou à la mise à néant du mandat, ni de déterminer le moyen par lequel la Belgique devrait se conformer à son arrêt. Il explique qu'un tel retrait et qu'une telle mise à néant du mandat, par les moyens que la Belgique estimera les plus appropriés, «ne constitue[raient] pas des moyens d'exécution de l'arrêt de la Cour mais la mesure même de réparation-restitution juridique en nature sollicitée». Le Congo soutient que, par voie de conséquence, la Cour est seulement priée de dire que la Belgique, au titre de la réparation du dommage causé aux droits du Congo, est tenue de procéder, par le moyen de son choix, au retrait et à la mise à néant de ce mandat d'arrêt.

74. La Belgique estime quant à elle que l'éventuelle constatation, par la Cour, d'une violation de l'immunité dont bénéficiait M. Yerodia en tant que ministre des affaires étrangères n'implique aucunement qu'il y ait lieu d'annuler le mandat d'arrêt. Elle expose que ce dernier continue à produire ses effets et que «[r]ien n'indique qu'il porte aujourd'hui atteinte à l'immunité du ministre des affaires étrangères» du Congo. La Belgique considère que ce que sollicite en réalité le Congo par ses troisième et quatrième conclusions c'est que la Cour dicte à la Belgique la manière dont celle-ci devrait donner effet à un arrêt de la Cour constatant que le mandat d'arrêt a violé l'immunité du ministre des affaires étrangères du Congo.

*

75. La Cour a déjà conclu ci-dessus (voir paragraphes 70 et 71) que l'émission et la diffusion, par les autorités belges, du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 avaient méconnu l'immunité du ministre des affaires étrangères en exercice du Congo et, plus particulièrement, violé l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont jouissait alors M. Yerodia en vertu du droit international. Ces actes ont engagé la responsabilité internationale de la Belgique. La Cour estime que les conclusions auxquelles elle est ainsi parvenue constituent une forme de satisfaction permettant de réparer le dommage moral dont se plaint le Congo.

76. Cependant, ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a dit dans son arrêt du 13 septembre 1928 en l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*:

> «[l]e principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite

out that the purpose of its request is reparation for the injury caused, requiring the restoration of the situation which would in all probability have existed if the said act had not been committed. It states that, inasmuch as the wrongful act consisted in an internal legal instrument, only the "withdrawal" and "cancellation" of the latter can provide appropriate reparation.

The Congo further emphasizes that in no way is it asking the Court itself to withdraw or cancel the warrant, nor to determine the means whereby Belgium is to comply with its decision. It explains that the withdrawal and cancellation of the warrant, by the means that Belgium deems most suitable, "are not means of enforcement of the judgment of the Court but the requested measure of legal reparation/restitution itself". The Congo maintains that the Court is consequently only being requested to declare that Belgium, by way of reparation for the injury to the rights of the Congo, be required to withdraw and cancel this warrant by the means of its choice.

74. Belgium for its part maintains that a finding by the Court that the immunity enjoyed by Mr. Yerodia as Minister for Foreign Affairs had been violated would in no way entail an obligation to cancel the arrest warrant. It points out that the arrest warrant is still operative and that "there is no suggestion that it presently infringes the immunity of the Congo's Minister for Foreign Affairs". Belgium considers that what the Congo is in reality asking of the Court in its third and fourth final submissions is that the Court should direct Belgium as to the method by which it should give effect to a judgment of the Court finding that the warrant had infringed the immunity of the Congo's Minister for Foreign Affairs.

*

75. The Court has already concluded (see paragraphs 70 and 71) that the issue and circulation of the arrest warrant of 11 April 2000 by the Belgian authorities failed to respect the immunity of the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Congo and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by Mr. Yerodia under international law. Those acts engaged Belgium's international responsibility. The Court considers that the findings so reached by it constitute a form of satisfaction which will make good the moral injury complained of by the Congo.

76. However, as the Permanent Court of International Justice stated in its Judgment of 13 September 1928 in the case concerning the *Factory at Chorzów*:

> "[t]he essential principle contained in the actual notion of an illegal act — a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals — is that reparation must, as far as possible, wipe out all the conse-

et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47).

Or, dans le cas d'espèce, le rétablissement de «l'état qui aurait vraisemblablement existé si [l'acte illicite] n'avait pas été commis» ne saurait résulter simplement de la constatation par la Cour du caractère illicite du mandat d'arrêt au regard du droit international. Le mandat subsiste et demeure illicite nonobstant le fait que M. Yerodia a cessé d'être ministre des affaires étrangères. Dès lors la Cour estime que la Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat en question et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé.

77. La Cour ne voit aucune autre mesure de réparation à prescrire: elle ne saurait en particulier indiquer, dans un arrêt statuant sur un différend entre le Congo et la Belgique, quelles en seraient les implications éventuelles pour des Etats tiers, et ne saurait par suite accueillir sur ce point les conclusions du Congo.

* * *

78. Par ces motifs,

LA COUR,

1) A) Par quinze voix contre une,

Rejette les exceptions d'incompétence, de non-lieu et d'irrecevabilité soulevées par le Royaume de Belgique;

POUR: M. Guillaume, *président*; M. Shi, *vice-président*; MM. Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, M^me^ Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, *juges*; M. Bula-Bula, M^me^ Van den Wyngaert, *juges* ad hoc;

CONTRE: M. Oda, *juge*;

B) Par quinze voix contre une,

Dit qu'elle a compétence pour connaître de la requête introduite le 17 octobre 2000 par la République démocratique du Congo;

POUR: M. Guillaume, *président*; M. Shi, *vice-président*; MM. Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, M^me^ Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, *juges*; M. Bula-Bula, M^me^ Van den Wyngaert, *juges* ad hoc;

CONTRE: M. Oda, *juge*;

C) Par quinze voix contre une,

Dit que la requête de la République démocratique du Congo n'est pas dépourvue d'objet et que, par suite, il y a lieu de statuer sur ladite requête;

POUR: M. Guillaume, *président*; M. Shi, *vice-président*; MM. Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, M^me^ Higgins, MM. Parra-

quences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed" (*P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47).

In the present case, "the situation which would, in all probability, have existed if [the illegal act] had not been committed" cannot be re-established merely by a finding by the Court that the arrest warrant was unlawful under international law. The warrant is still extant, and remains unlawful, notwithstanding the fact that Mr. Yerodia has ceased to be Minister for Foreign Affairs. The Court accordingly considers that Belgium must, by means of its own choosing, cancel the warrant in question and so inform the authorities to whom it was circulated.

77. The Court sees no need for any further remedy: in particular, the Court cannot, in a judgment ruling on a dispute between the Congo and Belgium, indicate what that judgment's implications might be for third States, and the Court cannot therefore accept the Congo's submissions on this point.

* * *

78. For these reasons,

THE COURT,

(1) (A) By fifteen votes to one,

Rejects the objections of the Kingdom of Belgium relating to jurisdiction, mootness and admissibility;

IN FAVOUR: *President* Guillaume; *Vice-President* Shi; *Judges* Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal; *Judges* ad hoc Bula-Bula, Van den Wyngaert;

AGAINST: *Judge* Oda;

(B) By fifteen votes to one,

Finds that it has jurisdiction to entertain the Application filed by the Democratic Republic of the Congo on 17 October 2000;

IN FAVOUR: *President* Guillaume; *Vice-President* Shi; *Judges* Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal; *Judges* ad hoc Bula-Bula, Van den Wyngaert;

AGAINST: *Judge* Oda;

(C) By fifteen votes to one,

Finds that the Application of the Democratic Republic of the Congo is not without object and that accordingly the case is not moot;

IN FAVOUR: *President* Guillaume; *Vice-President* Shi; *Judges* Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren,

Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, *juges*; M. Bula-Bula, M^me^ Van den Wyngaert, *juges* ad hoc;

CONTRE: M. Oda, *juge*;

D) Par quinze voix contre une,

Dit que la requête de la République démocratique du Congo est recevable;

POUR: M. Guillaume, *président*; M. Shi, *vice-président*; MM. Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, M^me^ Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, *juges*; M. Bula-Bula, M^me^ Van den Wyngaert, *juges* ad hoc;

CONTRE: M. Oda, *juge*;

2) Par treize voix contre trois,

Dit que l'émission, à l'encontre de M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, et sa diffusion sur le plan international ont constitué des violations d'une obligation juridique du Royaume de Belgique à l'égard de la République démocratique du Congo, en ce qu'elles ont méconnu l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont le ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo jouissait en vertu du droit international;

POUR: M. Guillaume, *président*; M. Shi, *vice-président*; MM. Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, M^me^ Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Buergenthal, *juges*; M. Bula-Bula, *juge* ad hoc;

CONTRE: MM. Oda, Al-Khasawneh, *juges*; M^me^ Van den Wyngaert, *juge* ad hoc;

3) Par dix voix contre six,

Dit que le Royaume de Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé.

POUR: M. Guillaume, *président*; M. Shi, *vice-président*; MM. Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Parra-Aranguren, Rezek, *juges*; M. Bula-Bula, *juge* ad hoc;

CONTRE: M. Oda, M^me^ Higgins, MM. Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal, *juges*; M^me^ Van den Wyngaert, *juge* ad hoc.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le quatorze février deux mille deux, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la Répu-

Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal; *Judges* ad hoc Bula-Bula, Van den Wyngaert;

AGAINST: *Judge* Oda;

(D) By fifteen votes to one,

Finds that the Application of the Democratic Republic of the Congo is admissible;

IN FAVOUR: *President* Guillaume; *Vice-President* Shi; *Judges* Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal; *Judges* ad hoc Bula-Bula, Van den Wyngaert;

AGAINST: *Judge* Oda;

(2) By thirteen votes to three,

Finds that the issue against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi of the arrest warrant of 11 April 2000, and its international circulation, constituted violations of a legal obligation of the Kingdom of Belgium towards the Democratic Republic of the Congo, in that they failed to respect the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability which the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo enjoyed under international law;

IN FAVOUR: *President* Guillaume; *Vice-President* Shi; *Judges* Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Buergenthal; *Judge* ad hoc Bula-Bula;

AGAINST: *Judges* Oda, Al-Khasawneh; *Judge* ad hoc Van den Wyngaert;

(3) By ten votes to six,

Finds that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated.

IN FAVOUR: *President* Guillaume; *Vice-President* Shi; *Judges* Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Parra-Aranguren, Rezek; *Judge* ad hoc Bula-Bula;

AGAINST: *Judges* Oda, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal; *Judge* ad hoc Van den Wyngaert.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this fourteenth day of February, two thousand and two, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Demo-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. GUILLAUME, PRÉSIDENT

[Texte original français]

Compétence pénale des juridictions nationales — Lieu de commission de l'infraction — Autres critères de rattachement — Compétence universelle — Absence.

1. Je souscris entièrement à l'arrêt rendu par la Cour. Je crois cependant utile de préciser ma position sur une question que l'arrêt n'a pas abordée: celle de savoir si le juge belge avait compétence pour délivrer le 11 avril 2000 un mandat d'arrêt international à l'encontre de M. Yerodia Ndombasi.

Cette question était soulevée dans la requête introductive d'instance de la République démocratique du Congo. Celle-ci soutenait en effet que le mandat d'arrêt méconnaissait non seulement l'immunité de M. Yerodia Ndombasi en tant que ministre des affaires étrangères, mais encore «le principe selon lequel un Etat ne peut exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre Etat». Elle en déduisait que la compétence universelle que l'Etat belge s'était attribuée par l'article 7 de la loi du 16 juin 1993 modifiée le 10 février 1999 était contraire au droit international et qu'il en était par suite de même du mandat d'arrêt litigieux.

Au cours de la procédure orale, le Congo n'a pas développé cette argumentation et il ne l'a pas reprise dans ses conclusions finales. Dès lors, la Cour ne pouvait statuer sur ce point dans le dispositif de son arrêt. Elle aurait pu cependant aborder tel ou tel aspect de la question de la compétence universelle dans les motifs de sa décision (voir arrêt, par. 43).

Une telle démarche eût été logique. En effet, la compétence des tribunaux est une question sur laquelle ceux-ci doivent se prononcer avant de s'interroger sur l'immunité des justiciables. On ne peut en d'autres termes bénéficier de l'immunité de juridiction que s'il y a juridiction. Par ailleurs il s'agit là d'une question importante et controversée que tous les Etats et en particulier la Belgique auraient eu intérêt à voir clarifiée. Je pense utile de le faire ici.

2. La loi belge du 16 juin 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, a pour objet la répression des violations graves du droit international humanitaire. Elle couvre certaines infractions aux conventions de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles additionnels n[os] I et II à ces conventions du 8 juin 1977. Elle vise également le crime contre l'humanité qu'elle définit dans les termes retenus par la convention de Rome du 17 juillet 1998. La loi ajoute en son article 7 que «les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises».

SEPARATE OPINION OF PRESIDENT GUILLAUME

[English Original Text]

Criminal jurisdiction of national courts — Place of commission of the offence — Other criteria of connection — Universal jurisdiction — Absence of.

1. I fully subscribe to the Judgment rendered by the Court. I believe it useful however to set out my position on one question which the Judgment has not addressed: whether the Belgian judge had jurisdiction to issue an international arrest warrant against Mr. Yerodia Ndombasi on 11 April 2000.

This question was raised in the Democratic Republic of the Congo's Application instituting proceedings. The Congo maintained that the arrest warrant violated not only Mr. Yerodia's immunity as Minister for Foreign Affairs but also "the principle that a State may not exercise its authority on the territory of another State". It accordingly concluded that the universal jurisdiction which the Belgian State had conferred upon itself pursuant to Article 7 of the Law of 16 June 1993, as amended on 10 February 1999, was in breach of international law and that the same was therefore true of the disputed arrest warrant.

The Congo did not elaborate on this line of argument during the oral proceedings and did not include it in its final submissions. Thus, the Court could not rule on this point in the operative part of its Judgment. It could, however, have addressed certain aspects of the question of universal jurisdiction in the reasoning for its decision (see Judgment, para. 43).

That would have been a logical approach; a court's jurisdiction is a question which it must decide before considering the immunity of those before it. In other words, there can only be immunity from jurisdiction where there is jurisdiction. Moreover, this is an important and controversial issue, clarification of which would have been in the interest of all States, including Belgium in particular. I believe it worthwhile to provide such clarification here.

2. The Belgian Law of 16 June 1993, as amended by the Law of 10 February 1999, aims at punishing serious violations of international humanitarian law. It covers certain violations of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and of Protocols I and II of 8 June 1977 additional to those Conventions. It also extends to crimes against humanity, which it defines in the terms used in the Rome Convention of 17 July 1998. Article 7 of the Law adds that "[t]he Belgian courts shall have jurisdiction in respect of the offences provided for in the present Law, wheresoever they may have been committed".

3. Le mandat d'arrêt attaqué inculpe M. Yerodia Ndombasi d'infractions graves aux conventions de Genève et de crimes contre l'humanité. Il rappelle que, aux termes de l'article 7 de la loi du 16 juin 1993 modifiée, les auteurs de telles infractions «relèvent de la compétence des juridictions belges, quelles que soient leur nationalité et celle des victimes». Il ajoute que «les juridictions belges sont compétentes même si l'inculpé (belge ou étranger) n'est pas trouvé en Belgique». Il précise que, «en matière de droit humanitaire, le législateur a voulu ainsi déroger au principe de territorialité du droit pénal dans la ligne des dispositions des quatre conventions de Genève et du protocole I». Il note que

> «la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [s'inscrit] dans la même optique en reconnaissant la légitimité d'une compétence extra-territoriale en la matière et en consacrant le principe *aut dedere aut judicare*».

Sur ces bases, il conclut à la compétence des juridictions belges.

4. En vue d'apprécier la validité de ce raisonnement, il convient tout d'abord de rappeler les principes fondamentaux régissant en droit international l'exercice par les Etats de leur compétence juridictionnelle en matière pénale.

Le droit pénal a pour premier objet de permettre la répression dans chaque pays des infractions commises sur le territoire national. En effet, c'est sur ce territoire que peuvent le plus souvent être rassemblées les preuves de l'infraction. C'est là que cette dernière porte généralement ses effets. C'est là enfin que la peine prononcée peut le plus naturellement servir d'exemple. Aussi la Cour permanente de Justice internationale a-t-elle constaté dès 1927 que «le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations»[1].

La question s'est cependant toujours posée de savoir si d'autres Etats que l'Etat territorial ont compétence concurrente pour engager des poursuites pénales contre les auteurs d'infractions. Un vaste débat s'est engagé à cet égard dès la constitution en Europe des grands Etats modernes. Certains auteurs, comme Covarruvias et Grotius, ont souligné que la présence sur le territoire d'un Etat d'un criminel étranger jouissant en paix du fruit de ses crimes n'était pas tolérable. Ils ont par suite soutenu que les auteurs de certaines infractions particulièrement graves devaient pouvoir être poursuivis tant par l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis que dans le pays où ils ont tenté de trouver refuge. Ce pays serait tenu d'une obligation d'arrestation, suivie d'extradition ou de poursuite, selon la maxime *aut dedere aut judicare*[2].

Ce courant doctrinal favorable à la répression universelle se heurta

[1] Lotus, *arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 20.

[2] Covarruvias, *Practicarum quaestionum*, chap. II, n° 7; Grotius, *De jure belli ac pacis*, livre II, chap. XXI, par. 4; voir aussi livre I, chap. V.

3. The disputed arrest warrant accuses Mr. Yerodia of grave breaches of the Geneva Conventions and of crimes against humanity. It states that under Article 7 of the Law of 16 June 1993, as amended, perpetrators of those offences "fall under the jurisdiction of the Belgian courts, regardless of their nationality or that of the victims". It adds that "the Belgian courts have jurisdiction even if the accused (Belgian or foreign) is not found in Belgium". It states that "[i]n the matter of humanitarian law, the lawmaker's intention was thus to derogate from the principle of the territorial character of criminal law, in keeping with the provisions of the four Geneva Conventions and of Protocol I". It notes that

> "the Convention of 10 December 1984 against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [is] to be viewed in the same way, recognizing the legitimacy of extra-territorial jurisdiction in the area and enshrining the principle of *aut dedere aut judicare*".

It concludes on these bases that the Belgian courts have jurisdiction.

4. In order to assess the validity of this reasoning, the fundamental principles of international law governing States' exercise of their criminal jurisdiction should first be reviewed.

The primary aim of the criminal law is to enable punishment in each country of offences committed in the national territory. That territory is where evidence of the offence can most often be gathered. That is where the offence generally produces its effects. Finally, that is where the punishment imposed can most naturally serve as an example. Thus, the Permanent Court of International Justice observed as far back as 1927 that "in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental"[1].

The question has, however, always remained open whether States other than the territorial State have concurrent jurisdiction to prosecute offenders. A wide debate on this subject began as early as the foundation in Europe of the major modern States. Some writers, like Covarruvias and Grotius, pointed out that the presence on the territory of a State of a foreign criminal peacefully enjoying the fruits of his crimes was intolerable. They therefore maintained that it should be possible to prosecute perpetrators of certain particularly serious crimes not only in the State on whose territory the crime was committed but also in the country where they sought refuge. In their view, that country was under an obligation to arrest, followed by extradition or prosecution, in accordance with the maxim *aut dedere aut judicare*[2].

Beginning in the eighteenth century however, this school of thought

[1] *"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 20.

[2] Covarruvias, *Practicarum quaestionum*, Chap. II, No. 7; Grotius, *De jure belli ac pacis*, Book II, Chap. XXI, para. 4; see also Book I, Chap. V.

cependant à partir du XVIII[e] siècle à un autre mouvement d'idée hostile à une telle répression, illustré notamment par Montesquieu, Voltaire et Jean-Jacques Rousseau[3]. Leur pensée trouva sa traduction au plan pénal dans les ouvrages de Beccaria qui, dès 1764, soulignait que «les juges ne sont pas les vengeurs du genre humain en général... Un crime ne peut être puni que dans le pays où il a été commis.»[4]

La philosophie des lumières inspira le législateur révolutionnaire et le droit du XIX[e] siècle. Certains en poussèrent même la logique jusqu'à son terme et Martens, en 1831, pouvait affirmer que «le pouvoir législatif [s'étend] sur toutes les personnes et sur tous les biens qui se trouvent dans l'Etat» et que «la loi ne s'étend point sur d'autres Etats ni sur leurs sujets»[5]. Un siècle plus tard, Max Huber lui faisait écho en rappelant en 1928, dans la sentence de *L'île de Palmas*, que l'Etat a «compétence exclusive ... en ce qui concerne son propre territoire»[6].

Dans la pratique, le principe de la souveraineté territoriale ne devait pas supporter d'exception en ce qui concerne l'usage de la contrainte, mais il n'en fut pas de même pour ce qui est des compétences législatives et juridictionnelles. En particulier, le droit international classique n'exclut pas que l'Etat puisse dans certains cas exercer sa compétence juridictionnelle sur des infractions commises à l'étranger. Mais comme l'avait, là encore, rappelé la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*, un tel exercice n'est pas sans limites[7]. Dans le droit classique, un Etat ne peut normalement connaître d'une infraction commise à l'étranger que si le délinquant, ou à la rigueur la victime, a la nationalité de cet Etat ou si le crime porte atteinte à sa sûreté intérieure ou extérieure. Les Etats demeurent d'ordinaire incompétents pour connaître d'infractions commises à l'étranger entre étrangers.

5. Traditionnellement, le droit international coutumier admettait cependant un cas de compétence universelle, celui de la piraterie. Plus récemment, il a été précisé à l'article 19 de la convention de Genève sur la haute mer du 29 avril 1958, puis à l'article 105 de la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 que:

> «Tout Etat peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat, saisir un navire ou un aéronef pirate ... et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord. Les tribunaux de l'Etat qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger.»

---

[3] Montesquieu, *L'esprit des lois*, livre 26, chap. 16 et 21; Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, rubrique «Crimes et délits de temps et de lieu»; Rousseau, *Du contrat social*, livre II, chap. 12, et livre III, chap. 18.

[4] Beccaria, *Traité des délits et des peines*, par. 21.

[5] G. F. de Martens, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, 1831, vol. I, par. 85 et 86 (voir également par. 100).

[6] *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, t. II, sentence du 4 avril 1928, p. 838.

[7] Lotus, *arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 19.

favouring universal punishment was challenged by another body of opinion, one opposed to such punishment and exemplified notably by Montesquieu, Voltaire and Jean-Jacques Rousseau[3]. Their views found expression in terms of criminal law in the works of Beccaria, who stated in 1764 that "judges are not the avengers of humankind in general . . . A crime is punishable only in the country where it was committed."[4]

Enlightenment philosophy inspired the lawmakers of the Revolution and nineteenth-century law. Some went so far as to push the underlying logic to its conclusion, and in 1831 Martens could assert that "the lawmaker's power [extends] over all persons and property present in the State" and that "the law does not extend over other States and their subjects"[5]. A century later, Max Huber echoed that assertion when he stated in 1928, in the Award in the *Island of Palmas* case, that a State has "exclusive competence in regard to its own territory"[6].

In practice, the principle of territorial sovereignty did not permit of any exception in respect of coercive action, but that was not the case in regard to legislative and judicial jurisdiction. In particular, classic international law does not exclude a State's power in some cases to exercise its judicial jurisdiction over offences committed abroad. But as the Permanent Court stated, once again in the *"Lotus"* case, the exercise of that jurisdiction is not without its limits[7]. Under the law as classically formulated, a State normally has jurisdiction over an offence committed abroad only if the offender, or at the very least the victim, has the nationality of that State or if the crime threatens its internal or external security. Ordinarily, States are without jurisdiction over crimes committed abroad as between foreigners.

5. Traditionally, customary international law did, however, recognize one case of universal jurisdiction, that of piracy. In more recent times, Article 19 of the Geneva Convention on the High Seas of 29 April 1958 and Article 105 of the Montego Bay Convention of 10 December 1982 have provided:

> "On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft . . . and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed."

[3] Montesquieu, *L'esprit des lois*, Book 26, Chaps. 16 and 21; Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, heading "Crimes et délits de temps et de lieu"; Rousseau, *Du contrat social*, Book II, Chap. 12, and Book III, Chap. 18.

[4] Beccaria, *Traité des délits et des peines*, para. 21.

[5] G. F. de Martens, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, 1831, Vol. I, paras. 85 and 86 (see also para. 100).

[6] United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II, Award of 4 April 1928, p. 838.

[7] *"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 19.

Ainsi, dans ces conventions, la compétence universelle est acceptée pour la piraterie du fait que celle-ci est perpétrée en haute mer, hors du territoire d'un quelconque Etat. Toutefois, même en haute mer, le droit international classique se montre fort restrictif puisqu'il n'admet la compétence universelle que pour la piraterie et non pour d'autres crimes ou délits comparables qui peuvent, eux aussi, être commis hors de la juridiction des Etats côtiers, tels le trafic des esclaves[8] ou celui des stupéfiants ou de substances psychotropes[9].

6. Les inconvénients d'une telle approche apparurent clairement au début du XX[e] siècle en ce qui concerne le faux monnayage, et la convention du 20 avril 1929 préparée au sein de la Société des Nations marqua sur ce point une certaine évolution. En effet, elle permit aux Etats d'étendre leur législation pénale aux infractions de faux monnayage concernant des monnaies étrangères. Elle ajouta que «les étrangers qui ont commis à l'étranger» l'une des infractions prévues par la convention «et qui se trouvent sur le territoire d'un pays dont la législation interne admet comme règle générale le principe de la poursuite d'infraction commise à l'étranger doivent être punis de la même manière que si le fait avait été commis sur le territoire de ce pays». Mais elle subordonna cette obligation à diverses conditions[10].

Une approche comparable fut suivie par la convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961[11] et par la convention des Nations Unies du 21 février 1971[12] sur les substances psychotropes qui réservent «les dispositions constitutionnelles de chaque Partie, son système juridique et sa législation nationale». Aucune de ces conventions, pas plus d'ailleurs que les conventions de Genève de 1949, ne contient de dispositions régissant la compétence des tribunaux nationaux.

7. Un nouveau pas sera franchi en ce sens à partir de 1970 en vue de lutter contre le terrorisme international. A cette fin, les Etats mirent en effet sur pied un dispositif inconnu jusqu'alors: celui de la compétence universelle obligatoire, encore que subsidiaire.

Cette innovation fondamentale fut le fait de la convention de La Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs[13]. Celle-ci fait obligation à l'Etat sur le territoire duquel l'auteur de l'infraction se réfugie de l'extrader ou d'engager des poursuites à son encontre.

---

[8] Voir la convention de Genève du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage et la convention supplémentaire des Nations Unies du 7 septembre 1956 (textes dans de Martens, *Nouveau recueil général des traités*, 3[e] série, t. XIX, p. 303, et Colliard et Manin, *Droit international et histoire diplomatique*, t. 1, p. 220).

[9] La convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de puissances psychotropes, signée à Vienne le 20 décembre 1988, traite en son article 17 du trafic illicite en mer. Elle réserve la compétence de l'Etat du pavillon (texte dans la *Revue générale de droit international public*, 1989/3, p. 720).

[10] *Recueil des traités de la Société des Nations*, vol. 112, p. 371.

[11] *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 520, p. 151.

[12] *Ibid.*, vol. 1019, p. 175.

[13] *Ibid.*, vol. 860, p. 105.

Thus, under these conventions, universal jurisdiction is accepted in cases of piracy because piracy is carried out on the high seas, outside all State territory. However, even on the high seas, classic international law is highly restrictive, for it recognizes universal jurisdiction only in cases of piracy and not of other comparable crimes which might also be committed outside the jurisdiction of coastal States, such as trafficking in slaves[8] or in narcotic drugs or psychotropic substances[9].

6. The drawbacks of this approach became clear at the beginning of the twentieth century in respect of currency counterfeiting, and the Convention of 20 April 1929, prepared within the League of Nations, marked a certain development in this regard. That Convention enabled States to extend their criminal legislation to counterfeiting crimes involving foreign currency. It added that "[f]oreigners who have committed abroad" any offence referred to in the Convention "and who are in the territory of a country whose internal legislation recognises as a general rule the principle of the prosecution of offences committed abroad, should be punishable in the same way as if the offence had been committed in the territory of that country". But it made that obligation subject to various conditions[10].

A similar approach was taken by the Single Convention on Narcotic Drugs of 30 March 1961[11] and by the United Nations Convention on Psychotropic Substances of 21 February 1971[12], both of which make certain provisions subject to "the constitutional limitations of a Party, its legal system and domestic law". There is no provision governing the jurisdiction of national courts in any of these conventions, or for that matter in the Geneva Conventions of 1949.

7. A further step was taken in this direction beginning in 1970 in connection with the fight against international terrorism. To that end, States established a novel mechanism: compulsory, albeit subsidiary, universal jurisdiction.

This fundamental innovation was effected by the Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft of 16 December 1970[13]. The Convention places an obligation on the State in whose territory the perpetrator of the crime takes refuge to extradite or

[8] See the Geneva Slavery Convention of 25 September 1926 and the United Nations Supplementary Convention of 7 September 1956 (French texts in de Martens, *Nouveau recueil général des traités*, 3rd Series, Vol. XIX, p. 303, and Colliard and Manin, *Droit international et histoire diplomatique*, Vol. 1, p. 220).

[9] Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, signed at Vienna on 20 December 1988, deals with illicit traffic on the seas. It reserves the jurisdiction of the flag State (French text in *Revue générale de droit international public*, 1989/3, p. 720).

[10] League of Nations, *Treaty Series (LNTS)*, Vol. 112, p. 371.

[11] United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 520, p. 151.

[12] *UNTS*, Vol. 1019, p. 175.

[13] *UNTS*, Vol. 860, p. 105.

Mais un tel dispositif eût été insuffisant si en même temps la convention n'avait créé pour les Etats parties une obligation d'établir à cette fin leur compétence juridictionnelle. Aussi l'article 4, paragraphe 2, de la convention dispose-t-il que:

> «Tout Etat contractant ... prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction dans le cas où l'auteur présumé de celle-ci se trouve sur son territoire et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à [la convention].»

Cette formulation marquait un tournant dont la conférence de La Haye a d'ailleurs été consciente[14]. Désormais l'obligation de poursuite n'était plus subordonnée à l'existence d'une compétence, mais la compétence elle-même devait être prise pour permettre les poursuites.

8. Le système ainsi adopté fut repris avec quelques variantes mineures dans un grand nombre de conventions, à savoir la convention de Montréal du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile; la convention de New York du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; la convention de New York du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages; la convention de Vienne du 3 mars 1980 sur la protection physique des matières nucléaires; la convention de New York du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; le protocole de Montréal du 24 février 1988 relatif à certaines violences commises dans les aéroports; la convention de Rome du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime; le protocole du même jour concernant la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental; la convention de Vienne du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes; la convention de New York du 15 décembre 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif; enfin la convention de New York du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme.

9. Ainsi était mis conventionnellement sur pied un système correspondant aux doctrines prônées autrefois par Grotius. Lorsque l'auteur de l'une des infractions couvertes par ces conventions est trouvé sur le territoire d'un Etat, ce dernier est dans l'obligation de l'arrêter, puis de l'extrader ou de le poursuivre. Il doit avoir au préalable conféré compétence à ses tribunaux pour juger l'intéressé en l'absence d'extradition. De la sorte est assurée une répression universelle des infractions en cause, leurs auteurs ne pouvant trouver refuge sur le territoire d'aucun Etat.

En revanche, aucun de ces textes n'a envisagé l'établissement d'une com-

[14] La conférence diplomatique de La Haye a en effet complété sur ce point le projet du comité juridique de l'OACI en prévoyant une nouvelle compétence juridictionnelle. Cette solution fut acquise sur proposition de l'Espagne par 34 voix contre 17 avec 12 abstentions (voir *Annuaire français de droit international*, 1970, p. 49).

prosecute him. But this would have been insufficient if the Convention had not at the same time placed the States parties under an obligation to establish their jurisdiction for that purpose. Thus, Article 4, paragraph 2, of the Convention provides:

> "Each Contracting State shall . . . take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the case where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him pursuant to [the Convention]."

This provision marked a turning point, of which the Hague Conference was moreover conscious[14]. From then on, the obligation to prosecute was no longer conditional on the existence of jurisdiction, but rather jurisdiction itself had to be established in order to make prosecution possible.

8. The system as thus adopted was repeated with some minor variations in a large number of conventions: the Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation of 23 September 1971; the New York Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, of 14 December 1973; the New York Convention against the Taking of Hostages of 17 December 1979; the Vienna Convention on the Physical Protection of Nuclear Materials of 3 March 1980; the New York Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984; the Montreal Protocol of 24 February 1988 concerning acts of violence at airports; the Rome Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation of 10 March 1988; the Protocol of the same date concerning the safety of platforms located on the continental shelf; the Vienna Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 20 December 1988; the New York Convention for the Suppression of Terrorist Bombings of 15 December 1997; and finally the New York Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of 9 December 1999.

9. Thus, a system corresponding to the doctrines espoused long ago by Grotius was set up by treaty. Whenever the perpetrator of any of the offences covered by these conventions is found in the territory of a State, that State is under an obligation to arrest him, and then extradite or prosecute. It must have first conferred jurisdiction on its courts to try him if he is not extradited. Thus, universal punishment of the offences in question is assured, as the perpetrators are denied refuge in all States.

By contrast, none of these texts has contemplated establishing jurisdic-

[14] The Diplomatic Conference at The Hague supplemented the ICAO Legal Committee draft on this point by providing for a new jurisdiction. That solution was adopted on Spain's proposal by a vote of 34 to 17, with 12 abstentions (see *Annuaire français de droit international*, 1970, p. 49).

pétence juridictionnelle pour connaître d'infractions commises à l'étranger par des étrangers à l'encontre d'étrangers lorsque l'auteur de ces infractions ne se trouve pas sur le territoire de l'Etat intéressé. La compétence universelle par défaut est inconnue du droit international conventionnel.

10. Aussi bien, et faute de dispositions conventionnelles, la Belgique, dans son mémoire écrit comme dans ses plaidoiries, se réfère-t-elle pour l'essentiel sur ce point au droit coutumier international.

11. Dans cette perspective, la Belgique évoque le développement de la justice pénale internationale. Mais ce développement a eu précisément pour objet de pallier les insuffisances des justices nationales, et les règles gouvernant la compétence des juridictions internationales telles qu'établies par traité ou par le Conseil de sécurité sont bien entendu sans incidence sur la compétence des juridictions nationales.

12. Aussi la Belgique cherche-t-elle pour l'essentiel à justifier sa position en se référant à la pratique des Etats et à leur *opinio juris*. Les législations et jurisprudences nationales évoquées au dossier ne vont cependant pas dans le sens des thèses belges et j'en fournirai quelques exemples topiques.

En France, l'article 689-1 du code de procédure pénale dispose que:

> «En application des conventions internationales visées aux articles suivants[15], peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles.»

Deux lois des 2 janvier 1995 et 22 mai 1996 relatives à certains crimes commis dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda ont étendu la compétence des juridictions françaises à de tels crimes lorsque, là encore, l'auteur présumé de l'infraction est trouvé en territoire français[16]. En outre la Cour de cassation française a interprété restrictivement l'article 689-1 en estimant que, «en l'absence d'effet direct des dispositions des quatre conventions de Genève relatives à la recherche et à la poursuite des auteurs d'infractions graves, l'article 689 du code de procédure pénale ne saurait recevoir application» en ce qui concerne les auteurs d'infractions graves à ces conventions trouvés en territoire français[17].

En Allemagne, le Code pénal (Strafgesetzbuch) contient en son article 6, paragraphes 1 et 9, et en son article 7, paragraphe 2, des dispositions permettant la poursuite dans certaines hypothèses de crimes commis à l'étranger. Dans un cas de génocide (*Tadić*), la Cour suprême fédérale allemande (Bundesgerichtshof) a certes rappelé que: «la loi pénale allemande est applicable en vertu de l'article 6, paragraphe 1, à un crime de génocide commis à l'étranger indépendamment même de la loi de l'Etat territorial

[15] A savoir les conventions internationales mentionnées aux paragraphes 7 et 8 de la présente opinion auxquelles la France est partie.

[16] Pour l'application de cette dernière loi, voir Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 1998, *Munyeshyaka*.

[17] Cour de cassation, chambre criminelle, 26 mars 1996, n° 132, *Javor*.

tion over offences committed abroad by foreigners against foreigners when the perpetrator is not present in the territory of the State in question. Universal jurisdiction *in absentia* is unknown to international conventional law.

10. Thus, in the absence of conventional provisions, Belgium, both in its written Memorial and in oral argument, relies essentially on this point on international customary law.

11. In this connection, Belgium cites the development of international criminal courts. But this development was precisely in order to provide a remedy for the deficiencies of national courts, and the rules governing the jurisdiction of international courts as laid down by treaty or by the Security Council of course have no effect upon the jurisdiction of national courts.

12. Hence, Belgium essentially seeks to justify its position by relying on the practice of States and their *opinio juris*. However, the national legislation and jurisprudence cited in the case file do not support the Belgian argument, and I will give some topical examples of this.

In France, Article 689-1 of the Code of Criminal Procedure provides:

> "Pursuant to the international conventions referred to in the following articles[15], any person, if present in France, may be prosecuted and tried by the French courts if that person has committed outside the territory of the Republic one of the offences specified in those articles."

Two Laws, of 2 January 1995 and 22 May 1996, concerning certain crimes committed in the former Yugoslavia and in Rwanda extended the jurisdiction of the French courts to such crimes where, again, the presumed author of the offence is found in French territory[16]. Moreover, the French Court of Cassation has interpreted Article 689-1 restrictively, holding that, "in the absence of any direct effect of the four Geneva Conventions in regard to search and prosecution of the perpetrators of grave breaches, Article 689 of the Code of Criminal Procedure cannot be applied" in relation to the perpetrators of grave breaches of those Conventions found on French territory[17].

In Germany, the Criminal Code (Strafgesetzbuch) contains in Section 6, paragraphs 1 and 9, and in Section 7, paragraph 2, provisions permitting the prosecution in certain circumstances of crimes committed abroad. And indeed in a case of genocide (*Tadić*) the German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) recalled that: "German criminal law is applicable pursuant to section 6, paragraph 1, to an act of genocide committed abroad independently of the law of the territorial State (principle of so-called

[15] Namely the international conventions mentioned in paragraphs 7 and 8 of the present opinion to which France is party.

[16] For the application of this latter Law, see Court of Cassation, Criminal Chamber, 6 January 1998, *Munyeshyaka*.

[17] Court of Cassation, Criminal Chamber, 26 March 1996, No. 132, *Javor*.

Les exemples pourraient être multipliés et le seul pays dont la législation et la jurisprudence semblent clairement en sens inverse est l'Etat d'Israël qui, en ce domaine, constitue à l'évidence un cas très particulier.

Pour conclure, je ne saurais faire mieux sur ce point que de citer lord Slynn of Hadley qui, dans la première affaire *Pinochet*, concluait (le texte original en langue anglaise est reproduit ci-contre):

> «Il ne ... semble pas qu'il ait été démontré qu'il existe une pratique étatique ou un consensus général — sans parler d'une convention largement acceptée — selon lesquels tous les crimes de droit international devraient relever de la compétence des juridictions nationales en vertu du principe de la compétence universelle... Que les crimes de droit international devraient être jugés devant des tribunaux internationaux ou dans l'Etat de celui qui a perpétré le crime est une chose; que des actions devraient être intentées à leur sujet auprès des juridictions d'autres Etats, sans tenir compte d'une règle de droit international coutumier établie de longue date, en est une autre... Même le fait qu'un acte soit reconnu comme un crime en droit international ne signifie pas que les juridictions de tous les Etats aient compétence pour statuer sur un tel crime... Il n'existe pas de compétence universelle à l'égard des crimes de droit international...»[20]

En d'autres termes, le droit international ne connaît qu'un seul cas véritable de compétence universelle: la piraterie. En outre, de nombreuses conventions internationales prescrivent l'établissement d'une compétence universelle subsidiaire en vue du jugement de certains délinquants arrêtés sur le territoire national et non extradés vers un pays étranger. La compétence universelle par défaut telle que retenue dans la présente affaire est inconnue du droit international.

13. Constatant que ni le droit conventionnel, ni le droit coutumier international ne prévoient la possibilité pour un Etat de donner compétence universelle à ses tribunaux en l'absence de l'auteur de l'infraction sur son territoire, la Belgique soutient en dernier lieu que, même en l'absence de tout traité ou de toute coutume en ce sens, elle jouissait d'une liberté d'action totale. Elle invoque à cet effet l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*, selon lequel:

> «Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives...»[21]

---

[20] House of Lords, 25 novembre 1998, *R.* v. *Bartle*; ex parte *Pinochet*.
[21] Lotus, *arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 19.

Numbers of other examples could be given, and the only country whose legislation and jurisprudence appear clearly to go the other way is the State of Israel, which in this field obviously constitutes a very special case.

To conclude, I cannot do better than quote what Lord Slynn of Hadley had to say on this point in the first *Pinochet* case:

> "It does not seem . . . that it has been shown that there is any State practice or general consensus let alone a widely supported convention that all crimes against international law should be justiciable in National Courts on the basis of the universality of jurisdiction . . . That international law crimes should be tried before international tribunals or in the perpetrator's own state is one thing; that they should be impleaded without regard to a long established customary international law rule in the Courts of other states is another . . . The fact even that an act is recognised as a crime under international law does not mean that the Courts of all States have jurisdiction to try it . . . There is no universality of jurisdiction for crimes against international law . . ."[20]

In other words, international law knows only one true case of universal jurisdiction: piracy. Further, a number of international conventions provide for the establishment of subsidiary universal jurisdiction for purposes of the trial of certain offenders arrested on national territory and not extradited to a foreign country. Universal jurisdiction *in absentia* as applied in the present case is unknown to international law.

13. Having found that neither treaty law nor international customary law provide a State with the possibility of conferring universal jurisdiction on its courts where the author of the offence is not present on its territory, Belgium contends lastly that, even in the absence of any treaty or custom to this effect, it enjoyed total freedom of action. To this end it cites from the Judgment of the Permanent Court of International Justice in the *"Lotus"* case:

> "Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, [international law] leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules . . ."[21]

[20] House of Lords, 25 November 1998, *R.* v. *Bartle*; ex parte *Pinochet*.
[21] *"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 19.

Dès lors, et en l'absence de toute règle prohibitive, la Belgique aurait pu, plaide-t-elle, s'attribuer une compétence universelle par défaut.

14. Cette argumentation ne paraît guère convaincante. En effet, la Cour permanente elle-même, après avoir posé le principe général rappelé par la Belgique, s'est interrogée sur la question de savoir «si les considérations qui précèdent valent réellement pour la matière pénale»[22]. Elle a relevé que l'on pouvait soit envisager une telle application, soit estimer que: «le caractère exclusivement territorial de la législation en cette matière constituerait un principe qui exclurait *ipso facto*, sauf exceptions expresses, le droit pour les Etats d'étendre au-delà de leurs frontières la juridiction pénale de leurs tribunaux»[23]. Au cas particulier, la Cour permanente n'estima pas nécessaire de prendre parti sur cette question. S'agissant de l'abordage d'un navire turc par un navire français, elle se borna à constater que l'infraction reprochée avait produit ses effets en territoire turc et que par suite les poursuites pénales pouvaient «être justifiées ... au point de vue du principe dit de la territorialité»[24].

15. L'abstention de la Cour permanente était explicable en 1927, compte tenu de la rareté du droit conventionnel existant alors. La situation est aujourd'hui, me semble-t-il, totalement différente. L'adoption de la Charte des Nations Unies proclamant l'égalité souveraine des Etats et l'apparition sur la scène internationale des nouveaux Etats nés de la décolonisation ont renforcé le principe de territorialité. Le droit pénal international s'est lui-même considérablement développé et constitue aujourd'hui un *corpus* juridique impressionnant. Il reconnaît en de nombreuses circonstances la possibilité, voire l'obligation pour les Etats autres que celui sur le territoire duquel l'infraction a été commise, de donner compétence à ses tribunaux pour poursuivre les auteurs de certains crimes lorsqu'ils se trouvent sur leur territoire. Des juridictions pénales internationales ont été créées. Mais à aucun moment il n'a été envisagé de donner compétence aux tribunaux de tous les Etats du monde pour poursuivre de tels crimes, quels qu'en soient les auteurs et les victimes et quel que soit le lieu où se trouve le délinquant. Procéder de la sorte risquerait d'ailleurs de créer le chaos juridictionnel le plus total. Ce serait aussi promouvoir l'arbitraire au profit des puissants, censés agir au nom d'une «Communauté internationale» aux contours indéterminés. Contrairement à ce que préconise une partie de la doctrine, une telle évolution marquerait non une progression, mais une régression du droit.

16. Les Etats exercent avant tout leur compétence juridictionnelle pénale sur leur territoire. Dans le droit international classique, ils ne peuvent normalement connaître d'une infraction commise à l'étranger que

[22] Lotus, *arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 20.
[23] *Ibid.*
[24] *Ibid.*, p. 23.

Hence, so Belgium claimed, in the absence of any prohibitive rule it was entitled to confer upon itself a universal jurisdiction *in absentia*.

14. This argument is hardly persuasive. Indeed the Permanent Court itself, having laid down the general principle cited by Belgium, then asked itself "whether the foregoing considerations really apply as regards criminal jurisdiction"[22]. It held that either this might be the case, or alternatively, that: "the exclusively territorial character of law relating to this domain constitutes a principle which, except as otherwise expressly provided, would, *ipso facto*, prevent States from extending the criminal jurisdiction of their courts beyond their frontiers"[23]. In the particular case before it, the Permanent Court took the view that it was unnecessary to decide the point. Given that the case involved the collision of a French vessel with a Turkish vessel, the Court confined itself to noting that the effects of the offence in question had made themselves felt on Turkish territory, and that consequently a criminal prosecution might "be justified from the point of view of this so-called territorial principle"[24].

15. The absence of a decision by the Permanent Court on the point was understandable in 1927, given the sparse treaty law at that time. The situation is different today, it seems to me — totally different. The adoption of the United Nations Charter proclaiming the sovereign equality of States, and the appearance on the international scene of new States, born of decolonization, have strengthened the territorial principle. International criminal law has itself undergone considerable development and constitutes today an impressive legal *corpus*. It recognizes in many situations the possibility, or indeed the obligation, for a State other than that on whose territory the offence was committed to confer jurisdiction on its courts to prosecute the authors of certain crimes where they are present on its territory. International criminal courts have been created. But at no time has it been envisaged that jurisdiction should be conferred upon the courts of every State in the world to prosecute such crimes, whoever their authors and victims and irrespective of the place where the offender is to be found. To do this would, moreover, risk creating total judicial chaos. It would also be to encourage the arbitrary for the benefit of the powerful, purportedly acting as agent for an ill-defined "international community". Contrary to what is advocated by certain publicists, such a development would represent not an advance in the law but a step backward.

16. States primarily exercise their criminal jurisdiction on their own territory. In classic international law, they normally have jurisdiction in respect of an offence committed abroad only if the offender, or at least

[22] *"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 20.
[23] *Ibid.*
[24] *Ibid.*, p. 23.

si le délinquant ou, à la rigueur, la victime a leur nationalité ou si le crime porte atteinte à leur sûreté intérieure ou extérieure. Ils le peuvent en outre en cas de piraterie et dans les hypothèses de compétence universelle subsidiaire prévues par diverses conventions si l'auteur de l'infraction se trouve sur leur territoire. Mais en dehors de ces cas, le droit international n'admet pas la compétence universelle; il admet encore moins la compétence universelle par défaut.

17. Passant au cas particulier, j'observerai que M. Yerodia Ndombasi est accusé de deux types d'infraction, à savoir de crimes de guerre graves sanctionnés par les conventions de Genève et de crimes contre l'humanité.

En ce qui concerne le premier chef d'accusation, je noterai que, selon l'article 49 de la première convention de Genève, l'article 50 de la deuxième convention, l'article 129 de la troisième convention et l'article 146 de la quatrième convention:

> «Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis ou d'avoir ordonné de commettre» certaines infractions graves à la convention «et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra, aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite...»

Cette disposition fait obligation à chaque partie contractante de rechercher les intéressés et de les déférer à ses tribunaux (à moins qu'elle ne préfère les remettre à une autre partie). Les conventions de Genève ne comportent cependant aucune disposition relative aux compétences juridictionnelles comparable par exemple à l'article 4 de la convention de La Haye précitée. Bien plus, elles ne créent aucune obligation de recherche, d'arrestation ou de poursuite dans les cas où les personnes prévenues ne se trouvent pas sur le territoire de l'Etat concerné. Elles ne sauraient donc et en tout état de cause fonder une compétence universelle par défaut. La Belgique n'a dès lors pu conférer une telle compétence à ses tribunaux sur la base de ces conventions et les poursuites engagées en l'espèce contre M. Yerodia Ndombasi pour crimes de guerre l'ont été par un juge incompétent au regard du droit international.

Il en est de même en ce qui concerne les poursuites pour crimes contre l'humanité. En effet, aucune convention internationale, en dehors de la convention de Rome du 17 juillet 1998 non entrée en vigueur, ne concerne la répression de ces crimes. Aussi bien le juge belge, probablement conscient de cette difficulté, a-t-il dans son mandat cru pouvoir viser la convention du 10 décembre 1984 contre la torture. Mais on ne sau it en matière pénale raisonner par analogie, ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a d'ailleurs rappelé dans son avis consultatif du 4 décembre 1935 concernant la *Compatibilité de certains décrets-lois*

the victim, is of their nationality, or if the crime threatens their internal or external security. Additionally, they may exercise jurisdiction in cases of piracy and in the situations of subsidiary universal jurisdiction provided for by various conventions if the offender is present on their territory. But apart from these cases, international law does not accept universal jurisdiction; still less does it accept universal jurisdiction *in absentia*.

17. Passing now to the specific case before us, I would observe that Mr. Yerodia Ndombasi is accused of two types of offence, namely serious war crimes, punishable under the Geneva Conventions, and crimes against humanity.

As regards the first count, I note that, under Article 49 of the First Geneva Convention, Article 50 of the Second Convention, Article 129 of the Third Convention and Article 146 of the Fourth Convention:

> "Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, [certain] grave breaches [of the Convention], and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned . . ."

This provision requires each contracting party to search out alleged offenders and bring them before its courts (unless it prefers to hand them over to another party). However, the Geneva Conventions do not contain any provision on jurisdiction comparable, for example, to Article 4 of the Hague Convention already cited. What is more, they do not create any obligation of search, arrest or prosecution in cases where the offenders are not present on the territory of the State concerned. They accordingly cannot in any event found a universal jurisdiction *in absentia*. Thus Belgium could not confer such jurisdiction on its courts on the basis of these Conventions, and the proceedings instituted in this case against Mr. Yerodia Ndombasi on account of war crimes were brought by a judge who was not competent to do so in the eyes of international law.

The same applies as regards the proceedings for crimes against humanity. No international convention, apart from the Rome Convention of 17 July 1998, which is not in force, deals with the prosecution of such crimes. Thus the Belgian judge, no doubt aware of this problem, felt himself entitled in his warrant to cite the Convention against Torture of 10 December 1984. But it is not permissible in criminal proceedings to reason by analogy, as the Permanent Court of International Justice indeed pointed out in its Advisory Opinion of 4 December 1935 concerning the *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Con-*

dantzikois avec la constitution de la Ville libre[25]. Là encore, les poursuites engagées l'ont été par un juge incompétent au regard du droit international.

Si la Cour avait abordé ces questions, elle aurait donc dû, me semble-t-il, constater que le juge belge s'était à tort reconnu compétent pour poursuivre M. Yerodia Ndombasi en se prévalant d'une compétence universelle incompatible avec le droit international.

(*Signé*) Gilbert GUILLAUME.

---

[25] *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre, avis consultatif, 1935, C.P.J.I. série A/B n° 65*, p. 41 et suiv.

stitution of the Free City[25]. There too, proceedings were instituted by a judge not competent in the eyes of international law.

If the Court had addressed these questions, it seems to me that it ought therefore to have found that the Belgian judge was wrong in holding himself competent to prosecute Mr. Yerodia Ndombasi by relying on a universal jurisdiction incompatible with international law.

(Signed) Gilbert GUILLAUME.

---

[25] *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65*, pp. 41 *et seq.*

DISSENTING OPINION OF JUDGE ODA

Lack of jurisdiction of the Court — Absence of a legal dispute within the purview of Article 36, paragraph 2, of the Statute — Mere belief of the Congo that the Belgian Law violated international law not evidence or proof that a dispute existed between it and Belgium — Failure of the Application instituting proceedings to specify the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based or to indicate the subject of the dispute — Failure of the Congo to cite any damage or injury which the Congo or Mr. Yerodia has suffered or will suffer except for some moral injury — Changing of the subject-matter of the proceedings by the Congo — Principle that a State cannot exercise its jurisdiction outside its territory — National case law, treaty-made law and legal writing in respect of the issue of universal jurisdiction — Inability of a State to arrest an individual outside its territory — Arrest warrant not directly binding without more on foreign authorities — Issuance and international circulation of arrest warrant having no legal impact unless arrest request validated by the receiving State — Question of the immunity of a Minister for Foreign Affairs and of whether it can be claimed in connection with serious breaches of international humanitarian law — Concluding remarks.

Introduction

1. I voted against all provisions of the operative part of the Judgment. My objections are not directed individually at the various provisions since I am unable to support any aspect of the position the Court has taken in dealing with the presentation of this case by the Congo.

It is my firm belief that the Court should have declared *ex officio* that it lacked jurisdiction to entertain the Congo's Application of 17 October 2000 for the reason that there was, at that date, no *legal dispute* between the Congo and Belgium falling within the purview of Article 36, paragraph 2, of the Statute, a belief already expressed in my declaration appended to the Court's Order of 8 December 2000 concerning the request for the indication of provisional measures. I reiterate my view that the Court should have dismissed the Application submitted by the Congo on 17 October 2000 for lack of jurisdiction.

My opinion was that the case should have been removed from the General List at the provisional measures stage. In the Order of 8 December 2000, however, I voted in favour of the holding that the case should *not* be removed from the General List but did so reluctantly "*only* from a sense of judicial solidarity" (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Provisional Measures, Order of 8 December 2000, I.C.J. Reports 2000*, p. 205, para. 6, declaration of Judge Oda). I now regret that vote.

OPINION DISSIDENTE DE M. ODA

[Traduction]

Incompétence de la Cour — Absence de différend d'ordre juridique au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut — Seule conviction du Congo que la loi belge violait le droit international n'attestant pas, ni ne prouvant, qu'un différend existait entre le Congo et la Belgique — Requête introductive d'instance n'indiquant pas les moyens de droit qui fonderaient la compétence de la Cour ni l'objet du différend — Congo n'invoquant aucun dommage ou préjudice que lui-même ou M. Yerodia auraient subis ou pourraient subir excepté un préjudice moral — Transformation par le Congo de l'objet de l'instance — Principe selon lequel un Etat ne peut exercer son autorité hors de son territoire — Jurisprudence nationale, droit conventionnel et doctrine concernant la compétence universelle — Incapacité d'un Etat d'arrêter un individu hors de son territoire — Mandat d'arrêt seul non directement contraignant pour les autorités étrangères — Emission et diffusion internationale du mandat d'arrêt n'ayant aucun impact juridique si la demande d'arrestation n'est pas validée par l'Etat de réception — Immunité d'un ministre des affaires étrangères et question de savoir si cette immunité peut être invoquée en cas de violations graves du droit international humanitaire — Observations finales.

Introduction

1. J'ai voté contre toutes les dispositions du dispositif de l'arrêt. Mes objections ne visent pas les diverses dispositions prises individuellement puisque je suis incapable d'appuyer aucun aspect de la position que la Cour a prise lorsqu'elle a été saisie de l'affaire par le Congo.

Je suis fermement convaincu que la Cour aurait dû d'office se déclarer incompétente pour connaître de la requête du Congo en date du 17 octobre 2000 parce qu'à cette date il n'existait, entre le Congo et la Belgique, aucun *différend d'ordre juridique* au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, une conviction que j'ai déjà exprimée dans ma déclaration jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 8 décembre 2000 sur la demande en indication de mesures conservatoires. Je réitère mon opinion selon laquelle la Cour aurait dû rejeter la requête déposée par le Congo le 17 octobre 2000 parce qu'elle n'était pas compétente.

Selon moi, l'affaire aurait dû être rayée du rôle général au stade des mesures conservatoires. Si, dans l'ordonnance du 8 décembre 2000, j'ai voté pour que l'affaire *ne* soit *pas* rayée du rôle général, je ne l'ai fait qu'avec réticence et «*uniquement* par esprit de solidarité judiciaire» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 8 décembre 2000, C.I.J. Recueil 2000*, p. 205, par. 6, déclaration de M. Oda). Je regrette maintenant ce vote.

2. It strikes me as unfortunate that the Court, after finding that "it has jurisdiction to entertain the Application" and that "the Application . . . is admissible" (Judgment, para. 78 (1) (B) and (D)), quickly comes to certain conclusions concerning "the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability which the incumbent Minister for Foreign Affairs of [the Congo] enjoyed under international law" in connection with "the issue against [Mr. Yerodia] of the arrest warrant of 11 April 2000" and "its international circulation" (Judgment, para. 78 (2)).

I. No Legal Dispute in Terms of Article 36, Paragraph 2, of the Statute

3. To begin with, the Congo's Application provides no basis on which to infer that the Congo ever thought that a *dispute* existed between it and Belgium regarding the arrest warrant issued by a Belgian investigating judge on 11 April 2000 against Mr. Yerodia, the Minister for Foreign Affairs of the Congo. The word "dispute" appears in the Application only at its very end, under the heading "V. Admissibility of the Present Application", in which the Congo stated that:

> "As to the existence of a *dispute* on that question [namely, the question that the Court is called upon to decide], this is established *ab initio* by the very fact that it is the non-conformity with international law of the Law of the Belgian State on which the investigating judge founds his warrant which is the subject of the legal grounds which [the Congo] has submitted to the Court." (Emphasis added.)

Without giving any further explanation as to the alleged *dispute*, the Congo simply asserted that Belgium's 1993 Law, as amended in 1999, concerning the Punishment of Serious Violations of International Humanitarian Law contravened international law.

4. The Congo's mere belief that the Belgian law violated international law is not evidence, let alone proof, that a *dispute* existed between it and Belgium. It shows at most that the Congo held a different legal view, one opposed to the action taken by Belgium. It is clear that the Congo did not think that it was referring a *dispute* to the Court. The Congo, furthermore, never thought of this as a *legal dispute*, the existence of which is a requirement for unilateral applications to the Court under Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute. The Congo's mere opposition to the Belgian Law and certain acts taken by Belgium pursuant to it cannot be regarded as a *dispute* or a *legal dispute* between the Congo and Belgium. In fact, there existed no such *legal dispute* in this case.

I find it strange that the Court does not take up this point in the Judgment; instead the Court simply states in the first paragraph of its decision that "the Congo . . . filed in the Registry of the Court an Application

2. Il me paraît malheureux que la Cour, après avoir jugé qu'«elle a compétence pour connaître de la requête» et que «la requête ... est recevable» (arrêt, par. 78 1) B) et D)), parvient rapidement à certaines conclusions concernant «l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont le ministre des affaires étrangères en exercice ... du Congo jouissait en vertu du droit international» relativement à «l'émission, à l'encontre de [M. Yerodia], du mandat d'arrêt du 11 avril 2000» et «sa diffusion sur le plan international» (arrêt, par. 78, 2)).

I. Absence de différend d'ordre juridique au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut

3. Pour commencer, la requête du Congo ne fournit aucune base dont on puisse déduire que le Congo a jamais pensé qu'un *différend* existait entre lui et la Belgique au sujet du mandat d'arrêt émis par un juge d'instruction belge le 11 avril 2000 à l'encontre de M. Yerodia, le ministre des affaires étrangères du Congo. Le mot «différend» n'apparaît dans la requête que tout à la fin, sous la rubrique «V. Recevabilité de la présente requête», dans laquelle le Congo déclare:

> «Quant à l'existence d'un *différend* sur cette question [à savoir celle que la Cour est appelée à trancher], elle est établie d'emblée par le fait que la contrariété au droit international de la loi de l'Etat belge sur laquelle le juge d'instruction fonde son mandat est l'objet même des moyens de droit que [le Congo] soumet à la Cour.» (Les italiques sont de moi.)

Sans donner d'autre explication quant au *différend* allégué, le Congo affirmait simplement que la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999, relative à la répression des violations graves du droit humanitaire, était contraire au droit international.

4. La seule conviction du Congo que la loi belge violait le droit international n'atteste pas, et prouve encore moins, qu'un *différend* existait entre le Congo et la Belgique. Elle démontre au mieux que le Congo avait une opinion juridique différente, qui s'opposait à l'action de la Belgique. Il est clair que le Congo ne pensait pas qu'il saisissait la Cour d'un *différend*. Le Congo, de plus, n'a jamais pensé qu'il s'agissait d'un *différend d'ordre juridique*, dont l'existence, aux termes du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, est une condition de l'introduction d'une requête unilatérale devant la Cour. La seule opposition du Congo à la loi belge et à certains actes accomplis par la Belgique en application de celle-ci ne peut être considérée comme un *différend* ni un *différend d'ordre juridique* entre le Congo et la Belgique. En fait, un tel *différend d'ordre juridique* n'existait pas en l'espèce.

Je trouve étrange que la Cour n'aborde pas ce point dans son arrêt; elle se contente en effet de déclarer dans le premier paragraphe de sa décision que «le Congo ... a déposé au Greffe de la Cour une requête intro-

instituting proceedings against . . . Belgium . . . in respect of a *dispute* concerning an 'international arrest warrant . . .'" (Judgment, para. 1, emphasis added) and speaks of "a *legal dispute* between [the Congo and Belgium] concerning the international lawfulness of the arrest warrant of 11 April 2000 and the consequences to be drawn if the arrest warrant was unlawful" (Judgment, para. 27, emphasis added). To repeat, the Congo did refer in its Application to a *dispute* but only in reference to the admissibility of the case, *not* "[i]n order to found the Court's jurisdiction", as the Court mistakenly asserts in paragraph 1 of the Judgment.

5. While Article 40 of the Court's Statute does not require from an applicant State a statement of "the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based", Article 38, paragraph 2, of the Rules of Court does and the Congo failed to specify those grounds in its Application. Furthermore, the Congo did not indicate "the subject of the dispute", which is required under Article 40 of the Statute.

In its Application the Congo refers only to "Legal Grounds" (Section I) and "Statement of the Grounds on which the Claim is Based" (Section IV). In those sections of the Application, the Congo, without referring to the basis of jurisdiction or the subject of dispute, simply mentions "[v]iolation of the principle that a State may not exercise [its authority] on the territory of another State and of the principle of sovereign equality" and "[v]iolation of the diplomatic immunity of the Minister for Foreign Affairs of a sovereign State".

6. The Congo's claim is, first, that the 1993 Belgian Law, as amended in 1999, is in breach of those two aforementioned principles and, secondly, that Belgium's prosecution of Mr. Yerodia, Foreign Minister of the Congo, violates the diplomatic immunity granted under international law to Ministers for Foreign Affairs. The Congo did *not* cite any damage or injury which the Congo or Mr. Yerodia himself has suffered or will suffer except for some moral injury; that is, at most, Mr. Yerodia might have thought it wise to forgo travel to foreign countries for fear of being arrested by those States pursuant to the arrest warrant issued by the Belgian investigating judge (that fear being ungrounded). Thus, as already noted, the Congo did not ask the Court to settle a *legal dispute* with Belgium but rather to render a *legal opinion* on the lawfulness of the 1993 Belgian Law as amended in 1999 and actions taken under it.

7. I fear that the Court's conclusions finding that this case involves a *legal dispute* between the Congo and Belgium within the meaning of Article 36, paragraph 2, of the Statute (such questions being the only ones which can be submitted to the Court) and upholding its jurisdiction in the present case will eventually lead to an excessive number of cases of this nature being referred to the Court even when no real injury has occurred, simply because one State believes that another State has acted contrary to international law. I am also afraid that many States will then

duisant une instance contre ... [la] Belgique au sujet d'un *différend* concernant un «mandat d'arrêt international...» (arrêt, par. 1, les italiques sont de moi) et vise «un *différend d'ordre juridique* [entre le Congo et la Belgique] quant à la licéité au regard du droit international du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et quant aux conséquences à tirer d'une éventuelle illicéité de ce mandat» (arrêt, par. 27, les italiques sont de moi). Une fois encore, le Congo a bien, dans sa requête, mentionné un *différend* mais uniquement relativement à la recevabilité de sa requête, et *non* «[p]our fonder la compétence de la Cour», comme la Cour l'affirme erronément au paragraphe 1 de son arrêt.

5. Si l'article 40 du Statut de la Cour n'exige pas de l'Etat demandeur qu'il expose «les moyens de droit sur lesquels [il] prétend fonder la compétence de la Cour», l'article 38, paragraphe 2, du Règlement de la Cour le fait, et le Congo n'a pas exposé ces moyens dans sa requête. De plus, le Congo n'a pas indiqué «l'objet du différend», ce que l'article 40 du Statut l'obligeait à faire.

Dans sa requête, le Congo mentionne seulement des «Moyens de droit» (section I) et un «Exposé des moyens sur lesquels repose la demande» (section IV). Dans ces sections de la requête, le Congo, sans évoquer le fondement de la compétence ni l'objet du différend, se contente de mentionner la «[v]iolation du principe selon lequel un Etat ne peut exercer [son autorité] sur le territoire d'un autre Etat et du principe de l'égalité souveraine» et la «[v]iolation de l'immunité diplomatique du ministre des affaires étrangères d'un Etat souverain».

6. Le Congo affirme que, premièrement, la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999, viole les deux principes susmentionnés et, deuxièmement, qu'en engageant l'action pénale contre M. Yerodia, ministre des affaires étrangères du Congo, la Belgique viole l'immunité diplomatique que le droit international accorde aux ministres des affaires étrangères. Le Congo *ne* dit *pas* que le Congo ou M. Yerodia lui-même ont subi ou subiront un quelconque dommage ou préjudice, excepté un certain préjudice moral; c'est-à-dire, au pire, que M. Yerodia aurait pu penser qu'il était sage de renoncer à se rendre dans des pays étrangers de crainte d'être arrêté par les Etats en question en application du mandat d'arrêt délivré par le juge d'instruction belge (cette crainte n'étant pas fondée). Ainsi, comme on l'a déjà noté, le Congo n'a pas demandé à la Cour de trancher un *différend d'ordre juridique* qui l'aurait opposé à la Belgique mais bien de rendre un *avis juridique* sur la licéité de la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999, et des actes accomplis en application de celle-ci.

7. Je crains que les conclusions par lesquelles la Cour a jugé que la présente affaire impliquait un *différend d'ordre juridique* entre le Congo et la Belgique au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut (ces questions étant les seules qui peuvent être soumises à la Cour) et s'est déclarée compétente en l'espèce ne finissent par amener un nombre excessif d'affaires de cette nature à être portées devant la Cour même en l'absence de préjudice réel, simplement parce qu'un Etat estimera qu'un autre Etat a agi contrairement au droit international. Je crains également que de nom-

the individual under arrest. Without more, however, the warrant is not directly binding on foreign authorities, who are not part of the law enforcement mechanism of the issuing State. The individual may be arrested abroad (that is, outside the issuing State) only by the authorities of the State where he or she is present, since jurisdiction over that territory lies exclusively with that State. Those authorities will arrest the individual being sought by the issuing State only if the requested State is committed to do so pursuant to international arrangements with the issuing State. Interpol is merely an organization which transmits the arrest request from one State to another; it has no enforcement powers of its own.

It bears stressing that the issuance of an arrest warrant by one State and the international circulation of the warrant through Interpol have no legal impact unless the arrest request is validated by the receiving State. The Congo appears to have failed to grasp that the mere issuance and international circulation of an arrest warrant have little significance. There is even some doubt whether the Court itself properly understood this, particularly as regards a warrant's legal effect. The crucial point in this regard is *not* the issuance or international circulation of an arrest warrant but the response of the State receiving it.

14. Diplomatic immunity is the immunity which an individual holding diplomatic status enjoys from the exercise of jurisdiction by States other than his own. The issue whether Mr. Yerodia, as Foreign Minister of the Congo, should have been immune in 2000 from Belgium's exercise of criminal jurisdiction *pursuant to the 1993 Law as amended in 1999* is twofold. The first question is whether in principle a Foreign Minister, the post which Mr. Yerodia held in 2000, is entitled to the same immunity as diplomatic agents. Neither the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations nor any other convention spells out the privileges of Foreign Ministers and the answer may not be clear under customary international law. The Judgment addresses this question merely by giving a hornbook-like explanation in paragraphs 51 to 55. I have no further comment on this.

The more important aspect is the second one: can diplomatic immunity also be claimed in respect of serious breaches of humanitarian law — over which many advocate the existence of universal jurisdiction and which are the subject-matter of Belgium's 1993 Law as amended in 1999 — and, furthermore, is a Foreign Minister entitled to greater immunity in this respect than ordinary diplomatic agents? These issues are too new to admit of any definite answer.

The Court, after quoting several recent incidents in European countries, seems to conclude that Ministers for Foreign Affairs enjoy absolute immunity (Judgment, paras. 56-61). It may reasonably be asked whether

arrêter l'individu concerné. En lui-même, néanmoins, le mandat n'est pas directement contraignant pour des autorités étrangères, qui ne font pas partie du mécanisme d'application de la loi de l'Etat qui l'a délivré. L'individu peut être arrêté à l'étranger (c'est-à-dire hors du territoire de l'Etat qui a délivré le mandat) uniquement par les autorités de l'Etat dans lequel il est présent, puisque c'est cet Etat qui a juridiction exclusive sur ce territoire. Ces autorités arrêteront l'individu recherché par l'Etat qui a émis le mandat uniquement si l'Etat requis est tenu de le faire en application d'arrangements internationaux conclus avec l'Etat qui a émis le mandat. Interpol est seulement une organisation qui transmet la demande d'arrestation d'un Etat à un autre; elle n'a pas de pouvoirs d'exécution propres.

Il convient de souligner que la délivrance d'un mandat d'arrêt par un Etat et sa diffusion internationale par Interpol n'ont aucun effet juridique si la demande d'arrestation n'est pas validée par l'Etat qui la reçoit. Le Congo semble n'avoir pas saisi que le simple fait d'émettre et de diffuser au plan international un mandat d'arrêt n'a guère d'importance. On peut même se demander si la Cour elle-même l'a bien compris, en particulier pour ce qui est de l'effet juridique d'un mandat. Le point crucial à cet égard *n'*est *pas* l'émission ou la diffusion internationale d'un mandat d'arrêt mais la réaction de l'Etat qui reçoit ce mandat.

14. L'immunité diplomatique est l'immunité dont jouit un individu ayant le statut de diplomate à l'égard de l'exercice de la juridiction d'autres Etats que celui dont il est le national. La question de savoir si M. Yerodia, en sa qualité de ministre des affaires étrangères du Congo, aurait dû être exempt en 2000 de l'exercice par la Belgique de sa juridiction pénale *en application de la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999*, est double. Premièrement, il s'agit de savoir si en principe un ministre des affaires étrangères, poste que M. Yerodia occupait en 2000, a droit à la même immunité que les agents diplomatiques. Ni la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques ni aucune autre convention ne définit les privilèges des ministres des affaires étrangères et la réponse à cette question n'est peut-être pas claire en droit international coutumier. L'arrêt n'aborde cette question que sous la forme d'une explication didactique, aux paragraphes 51 à 55. Je n'ai pas d'autres commentaires à faire sur ce point.

L'aspect le plus important est le second: l'immunité diplomatique peut-elle aussi être invoquée en cas de violations graves du droit humanitaire — pour lesquelles nombreux sont ceux qui défendent l'existence d'une compétence universelle et qui font l'objet de la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999 — et, en outre, un ministre des affaires étrangères a-t-il droit à cet égard à une immunité plus étendue que celle des agents diplomatiques ordinaires? Ces questions sont trop nouvelles pour qu'on puisse y donner une réponse catégorique.

La Cour, après avoir cité plusieurs incidents récents survenus dans des pays européens, semble conclure que les ministres des affaires étrangères jouissent d'une immunité absolue (arrêt, par. 56-61). On peut raisonna-

withdraw their recognition of the Court's compulsory jurisdiction in order to avoid falling victim to this distortion of the rules governing the submission of cases. (See *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Provisional Measures, Order of 8 December 2000, I.C.J. Reports 2000*, p. 204, declaration of Judge Oda.)

This "loose" interpretation of the compulsory jurisdiction of the Court will frustrate the expectations of a number of law-abiding nations. I would emphasize that the Court's jurisdiction is, in principle, based on the consent of the sovereign States seeking judicial settlement by the Court.

II. The Congo's Changing of the Subject-Matter

8. In reaffirming my conviction that the Congo's Application unilaterally submitted to the Court was not a proper subject of contentious proceedings before the Court, I would like to take up a few other points which I find to be crucial to understanding the essence of this inappropriate, unjustified and, if I may say so, wrongly decided case. It is to be noted, firstly, that between filing its Application of 17 October 2000 and submitting its Memorial on 15 May 2001, the Congo restated the issues, changing the underlying subject-matter in the process.

The Congo contended in the Application: (i) that the 1993 Belgian Law, as amended in 1999, violated the "principle that a State may not exercise [its authority] on the territory of another State" and the "principle of sovereign equality" and (ii) that Belgium's exercise of criminal jurisdiction over Mr. Yerodia, then Minister for Foreign Affairs of the Congo, violated the "diplomatic immunity of the Minister for Foreign Affairs of a sovereign State". The alleged violations of those first two principles concern the question of "universal jurisdiction", which remains a matter of controversy within the international legal community, while the last claim relates only to a question of the "diplomatic immunity" enjoyed by the incumbent Minister for Foreign Affairs.

9. The Congo changed its claim in its Memorial, submitted seven months later, stating that

> "by issuing and internationally circulating the arrest warrant of 11 April 2000 against [Mr. Yerodia], Belgium committed a violation in regard to the DRC of the rule of customary international law concerning the absolute inviolability and immunity from criminal process of incumbent foreign ministers" (Memorial of the Democratic Republic of the Congo of 15 May 2001, p. 64). *[Translation by the Registry.]*

Charging and arresting a suspect are clearly acts falling within the exercise of a State's criminal jurisdiction. The questions originally raised —

breux Etats ne retirent alors leur reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour afin d'éviter d'être victimes de cette distorsion des règles régissant sa saisine. (Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 8 décembre 2000, C.I.J. Recueil 2000*, p. 204, déclaration de M. Oda.)

Cette interprétation «large» de la juridiction obligatoire de la Cour décevra les attentes d'un certain nombre de nations respectueuses du droit. Je tiens à souligner que la compétence de la Cour repose, en principe, sur le consentement des Etats souverains qui sollicitent un règlement judiciaire par la Cour.

II. Transformation par le Congo de l'objet du différend

8. En réaffirmant ma conviction selon laquelle la requête que le Congo a déposée unilatéralement devant la Cour ne pouvait normalement y faire l'objet d'une procédure contentieuse, je souhaiterais évoquer quelques autres points dont j'estime qu'ils sont cruciaux pour comprendre l'essence de cette instance inappropriée, injustifiée et, si je puis me permettre, mal jugée. Il convient premièrement de noter que, entre le moment où il a déposé sa requête, le 17 octobre 2000, et celui où il a déposé son mémoire, le 15 mai 2001, le Congo a reformulé les questions en litige, transformant ce faisant l'objet fondamental de l'affaire.

Le Congo affirmait dans sa requête: i) que la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999, violait le «principe qu'un Etat ne peut exercer [son autorité] sur le territoire d'un autre Etat» et le «principe de l'égalité souveraine» et ii) que l'exercice par la Belgique de sa compétence pénale à l'égard de M. Yerodia, alors ministre des affaires étrangères du Congo, violait l'«immunité diplomatique du ministre des affaires étrangères d'un Etat souverain». Les violations alléguées des deux premiers principes concernent la question de la «compétence universelle», qui demeure controversée au sein de la communauté internationale des juristes, alors que le dernier argument ne concerne que l'«immunité diplomatique» dont jouit un ministre des affaires étrangères en exercice.

9. Le Congo a modifié ses prétentions dans son mémoire, présenté plusieurs mois plus tard, déclarant que:

> «en émettant et en diffusant au plan international le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 contre [M. Yerodia], la Belgique a commis une violation vis-à-vis de la RDC de la règle de droit international coutumier concernant l'inviolabilité absolue et l'immunité de la juridiction pénale des ministres des affaires étrangères en exercice» (mémoire de la République démocratique du Congo en date du 15 mai 2001, p. 64).

Accuser et arrêter un suspect sont à l'évidence des actes relevant de l'exercice de la compétence pénale d'un Etat. Les questions initialement soule-

namely, whether a State has *extraterritorial jurisdiction* ov
stituting serious violations of humanitarian law wherever c
by whomever (in other words, the question of universal ju
whether a Foreign Minister is exempt from such jurisdic
words, the question of diplomatic immunity) — were tra
questions of the "issue and international circulation" of an
against a Foreign Minister and the immunities of incum
Ministers.

This is clearly a change in subject-matter, one not encom
right to argue further the grounds of its Application", whi
reserved in its Application of 17 October 2000.

10. It remains a mystery to me why Belgium did not rai
objections concerning the Court's jurisdiction at the outse
Instead, it admitted in its Counter-Memorial that there ha
pute between the two States, one susceptible to judicial set
Court, at the time the proceedings were instituted and that
then seised of the case, as the Court itself finds (Judgment,
Did Belgium view this as a case involving a unilateral appli
Respondent's subsequent recognition of the Court's jurisdic
of which are to be found in the Court's past?

Belgium seems to have taken the position that once Mr.
ceased to be Foreign Minister, a dispute existed concerni
capacity as a *former* Foreign Minister and contended th
lacked jurisdiction under those circumstances. Thus, Belgiu
to have replaced the issues as they existed on the date o
Application with those arising at a later date. It would ap
gium did not challenge the Court's jurisdiction in the ori
rather was concerned only with the admissibility of the A
the mootness of the case once Mr. Yerodia had been relieve
as Foreign Minister (see Belgium's four preliminary object
its Counter-Memorial, referred to in the Judgment, para
and 37).

In this respect, I share the view of the Court (reserving,
position that a *dispute* did not exist) that the alleged *disput*
existing in October 2000 (Judgment, para. 38) and, alth
against paragraph 78 (1) (A) of the Judgment for the reas
paragraph 1 of my opinion, I concur with the Court in
gium's objections relating to "jurisdiction, mootness and
in regard to the alleged *dispute* which Belgium believed
Mr. Yerodia left office.

Certainly, the question whether a *former* Foreign Ministe
the same privileges and immunities as an *incumbent* For
may well be a legal issue but it is not a proper subject of th
brought by the Congo in October 2000.

vées — à savoir si un Etat a une *compétence extraterritoriale* s'agissant des infractions constituant des violations graves du droit humanitaire où qu'elles soient commises et quels qu'en soient les auteurs (en d'autres termes, la question de la compétence universelle) et si un ministre des affaires étrangères est exempt de cette juridiction (en d'autres termes, la question de l'immunité diplomatique) — ont été transformées en questions concernant l'«émission et la diffusion au plan international» d'un mandat d'arrêt contre un ministre des affaires étrangères et les immunités des ministres des affaires étrangères en exercice.

Il y a à l'évidence un changement d'objet, qui sort du droit «de développer plus avant les moyens de sa requête», que le Congo s'est réservé dans sa requête du 17 octobre 2000.

10. Pourquoi la Belgique n'a pas d'emblée soulevé des exceptions préliminaires à la compétence de la Cour demeure pour moi un mystère. Au lieu de cela, la Belgique a admis dans son contre-mémoire qu'un différend susceptible d'être réglé judiciairement par la Cour opposait les deux Etats au moment où l'instance a été introduite, et que la Cour était alors saisie de l'affaire, comme la Cour le juge elle-même (arrêt, par. 27-28). La Belgique considérait-elle cette affaire comme impliquant une requête unilatérale et la reconnaissance ultérieure par le défendeur de la compétence de la Cour, une situation dont on trouve des exemples dans l'histoire de cette dernière?

La Belgique semble avoir considéré que, dès lors que M. Yerodia avait cessé d'être ministre des affaires étrangères, un différend existait le concernant en sa qualité d'*ancien* ministre des affaires étrangères, et elle arguait que la Cour n'était pas compétente dans ces circonstances. Ainsi, la Belgique semble aussi substituer aux questions qui se posaient à la date de la requête du Congo celles qui se sont posées ultérieurement. Il semblerait que la Belgique n'ait pas contesté la compétence de la Cour dans l'affaire initiale mais ne se soit préoccupée de la recevabilité de la requête ou de ce que la demande fût devenue sans objet que lorsque M. Yerodia n'exerçait plus ses fonctions de ministre des affaires étrangères (voir les quatre exceptions préliminaires que la Belgique a soulevées dans son contre-mémoire et qui sont examinées dans l'arrêt, par. 23, 29, 33 et 37).

A cet égard, je partage l'opinion de la Cour (en réservant, bien entendu, ma position selon laquelle il n'existait pas de *différend*), à savoir que le *différend* allégué est celui qui existait en octobre 2000 (arrêt, par. 38) et, bien que j'aie voté contre le paragraphe 78 1) A) de l'arrêt pour les raisons exposées au paragraphe 1 de mon opinion, je rejette avec la Cour les exceptions de la Belgique concernant «la compétence, le non-lieu et la recevabilité» pour ce qui est du *différend* allégué dont la Belgique croyait qu'il existait après que M. Yerodia eut quitté ses fonctions.

Assurément, la question de savoir si un *ancien* ministre des affaires étrangères a droit aux mêmes privilèges et immunités qu'un ministre des affaires étrangères *en exercice* peut très bien être une question d'ordre juridique, mais elle n'est pas régulièrement l'objet de la présente instance introduite par le Congo en octobre 2000.

III. Does the Present Case Involve Any Legal Issues on Which the Congo and Belgium Held Conflicting Views?

11. Putting aside for now my view that that there was no *legal dispute* between the Congo and Belgium susceptible to judicial settlement by the Court under its Statute and that the Congo seems simply to have asked the Court to render an opinion, I shall note my incomprehension of the Congo's intention and purpose in bringing this request to the Court in October 2000 when Mr. Yerodia held the office of Foreign Minister.

In its Application of October 2000, the Congo raised the question whether the 1993 Belgian Law, as amended in 1999, providing for the punishment of serious violations of humanitarian law was itself contrary to the principle of sovereign equality under international law (see Application of the Democratic Republic of the Congo of 17 October 2000, Part III: Statement of the Facts, A). Yet it appears that the Congo abandoned this point in its Memorial of May 2001, as the Court admits (Judgment, para. 45), and never took it up during the oral proceedings.

12. It is one of the fundamental principles of international law that a State cannot exercise its jurisdiction outside its territory. However, the past few decades have seen a gradual widening in the scope of the jurisdiction to prescribe law. From the base established by the Permanent Court's decision in 1927 in the *"Lotus"* case, the scope of extraterritorial criminal jurisdiction has been expanded over the past few decades to cover the crimes of piracy, hijacking, etc. Universal jurisdiction is increasingly recognized in cases of terrorism and genocide. Belgium is known for taking the lead in this field and its 1993 Law (which would make Mr. Yerodia liable to punishment for any crimes against humanitarian law he committed outside of Belgium) may well be at the forefront of a trend. There is some national case law and some treaty-made law evidencing such a trend.

Legal scholars the world over have written prolifically on this issue. Some of the opinions appended to this Judgment also give guidance in this respect. I believe, however, that the Court has shown wisdom in refraining from taking a definitive stance in this respect as the law is not sufficiently developed and, in fact, the Court is not requested in the present case to take a decision on this point.

13. It is clear that a State cannot arrest an individual outside its territory and forcibly bring him before its courts for trial. In this connection, it is necessary to examine the effect of an arrest warrant issued by a State authority against an individual who is subject to that State's jurisdiction to prescribe law.

The arrest warrant is an official document issued by the State's judiciary empowering the police authorities to take forcible action to place

III. La présente affaire soulève-t-elle des questions d'ordre juridique sur lesquelles le Congo et la Belgique avaient des opinions contradictoires?

11. Mettant de côté pour le moment mon opinion selon laquelle il n'existait pas entre le Congo et la Belgique de *différend d'ordre juridique* susceptible d'être réglé judiciairement par la Cour au regard de son Statut, et selon laquelle le Congo semble simplement avoir demandé à la Cour de rendre un avis, je note que je ne comprends pas l'intention et le but qui étaient ceux du Congo lorsqu'il a introduit sa requête devant la Cour en octobre 2000 alors que M. Yerodia occupait le poste de ministre des affaires étrangères.

Dans sa requête d'octobre 2000, le Congo demandait si la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999, pour la répression des violations graves du droit humanitaire était en elle-même contraire au principe de l'égalité souveraine en droit international (voir requête de la République démocratique du Congo en date du 17 octobre 2000, section III: Exposé des faits, A). Pourtant il semble que le Congo ait abandonné ce point dans son mémoire de mai 2001, comme la Cour l'admet (arrêt, par. 45), et ne l'ait jamais abordé durant la procédure orale.

12. Un des principes fondamentaux du droit international veut qu'un Etat ne puisse exercer sa juridiction hors de son territoire. Toutefois, les quelques décennies passées ont vu un accroissement progressif de l'étendue de la juridiction s'agissant de prescrire le droit. Sur la base établie par la Cour permanente dans sa décision rendue en 1927 dans l'affaire du *Lotus*, la portée de la compétence pénale extraterritoriale s'est étendue au cours des décennies passées à des crimes tels que la piraterie, le détournement d'aéronefs, etc. La compétence universelle est de plus en plus reconnue en cas de terrorisme ou de génocide. On sait que la Belgique est à l'avant-garde dans ce domaine et peut-être sa loi de 1993 (qui rendrait M. Yerodia passible d'une peine pour les crimes contre le droit humanitaire qu'il pourrait avoir commis hors de Belgique) est-elle l'avant-garde d'une tendance. Il existe une jurisprudence nationale et des dispositions de droit conventionnel qui en attestent.

Des publicistes du monde entier ont abondamment débattu de la question. Certaines des opinions jointes au présent arrêt donnent également des indications à cet égard. J'estime toutefois que la Cour s'est montrée sage en s'abstenant de prendre une position définitive, car le droit n'est pas suffisamment développé et, en fait, il n'est pas demandé à la Cour de statuer sur ce point dans la présente espèce.

13. Il est clair qu'un Etat ne peut arrêter un individu hors de son territoire et l'amener de force devant ses tribunaux pour le juger. A cet égard, il est nécessaire d'examiner l'effet d'un mandat d'arrêt délivré par une autorité étatique à l'encontre d'un individu qui est soumis à la juridiction de cet Etat s'agissant de dire le droit.

Le mandat d'arrêt est un document officiel délivré par l'autorité judiciaire de l'Etat qui habilite les autorités de police à utiliser la force pour

it was necessary, or advisable, for the Court to commit itself on this issue, which remains a highly hypothetical question as Belgium has not exercised its criminal jurisdiction over Mr. Yerodia pursuant to the 1993 Belgian Law, as amended in 1999, and no third State has yet acted in pursuance of Belgium's assertion of universal jurisdiction.

IV. Concluding Remarks

15. I find little sense in the Court's finding in paragraph (3) of the operative part of the Judgment, which in the Court's logic appears to be the consequence of the finding set out in paragraph (2) (Judgment, para. 78). Given that the Court concludes that the violation of international law occurred in *2000* and the Court would appear to believe that there is nothing in *2002* to prevent Belgium from issuing a new arrest warrant against Mr. Yerodia, this time as a *former* Foreign Minister and not the *incumbent* Foreign Minister, there is no practical significance in ordering Belgium to cancel the arrest warrant of April 2000. If the Court believes that this is an issue of the sovereign dignity of the Congo and that that dignity was violated in 2000, thereby causing injury at that time to the Congo, the harm done cannot be remedied by the cancellation of the arrest warrant; the only remedy would be an apology by Belgium. But I do not believe that Belgium caused any injury to the Congo because no action was ever taken against Mr. Yerodia pursuant to the warrant. Furthermore, Belgium was under no obligation to provide the Congo with any assurances that the incumbent Foreign Minister's immunity from criminal jurisdiction would be respected under the 1993 Law, as amended in 1999, but that is not the issue here.

16. In conclusion, I find the present case to be not only unripe for adjudication at this time but also fundamentally inappropriate for the Court's consideration. There is not even agreement between the Congo and Belgium concerning the issues in dispute in the present case. The potentially significant questions (the validity of universal jurisdiction, the general scope of diplomatic immunity) were transmuted into a simple question of the issuance and international circulation of an arrest warrant as they relate to diplomatic immunity. It is indeed unfortunate that the Court chose to treat this matter as a contentious case suitable for judicial resolution.

(Signed) Shigeru Oda.

---

blement demander s'il était nécessaire ou souhaitable que la Cour s'engage sur cette question, qui demeure hautement hypothétique puisque la Belgique n'a pas exercé sa compétence pénale à l'égard de M. Yerodia en application de la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999, et qu'aucun Etat tiers n'a encore donné suite à l'affirmation par la Belgique de sa compétence universelle.

IV. OBSERVATIONS FINALES

15. J'estime que l'injonction de la Cour qui figure au paragraphe 3 du dispositif de son arrêt, et qui dans la logique de la Cour semble être la conséquence de la conclusion figurant au paragraphe 2, n'a guère de sens (arrêt, par. 78). Puisque la Cour conclut que la violation du droit international s'est produite en *2000* et qu'elle semble penser que rien en *2002* n'empêche la Belgique d'émettre un nouveau mandat d'arrêt contre M. Yerodia, cette fois, en sa qualité d'*ancien* ministre des affaires étrangères et non de ministre des affaires étrangères *en exercice*, il n'y a guère d'intérêt pratique à ordonner à la Belgique d'annuler le mandat d'arrêt d'avril 2000. Si la Cour estime que la dignité souveraine du Congo est en cause et que cette dignité a été violée en 2000, ce qui à l'époque a causé un préjudice au Congo, le dommage ainsi causé ne peut être réparé en annulant le mandat d'arrêt; le seul remède serait une excuse de la Belgique. Mais je ne pense pas que la Belgique ait causé un préjudice au Congo parce qu'aucune mesure n'a jamais été prise contre M. Yerodia en exécution du mandat. De plus, la Belgique n'était pas tenue de fournir au Congo des assurances selon lesquelles l'immunité de juridiction pénale du ministre des affaires étrangères en exercice serait respectée sous l'empire de la loi belge de 1993, telle qu'amendée en 1999, mais telle n'est pas la question en l'espèce.

16. En conclusion, j'estime que la présente affaire non seulement ne se prête pas à être jugée actuellement mais est aussi fondamentalement inapte à être examinée par la Cour. Il n'y a même pas d'accord entre le Congo et la Belgique sur les questions en litige dans la présente espèce. Les questions potentiellement importantes (la validité de la compétence universelle, la portée générale de l'immunité diplomatique) ont été transformées en une question simple, celle de l'émission et la diffusion internationale d'un mandat d'arrêt en tant qu'elles affectent l'immunité diplomatique. Il est de fait malheureux que la Cour ait choisi de traiter cette question comme une affaire contentieuse se prêtant à un règlement judiciaire.

(*Signé*) Shigeru ODA.

DÉCLARATION DE M. RANJEVA

Effet du retrait de la première conclusion initiale du Congo — Exclusion de la compétence universelle par défaut de l'objet des demandes — Compétence universelle de la juridiction nationale : législation belge — Evolution en droit international du régime de la compétence universelle — Piraterie maritime et compétence universelle en droit coutumier — Obligation de réprimer et compétence des juridictions nationales — Aut judicare aut dedere *— Gravité des infractions non constitutive de titre de compétence universelle — Interprétation de l'affaire du* Lotus *— Compétence universelle par défaut en l'absence de lien de connexité non encore consacrée en droit international.*

1. Je souscris sans réserve à la conclusion de l'arrêt selon laquelle l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 constituaient des violations d'une obligation internationale de la Belgique à l'égard du Congo en ce qu'elles ont méconnu l'immunité de juridiction pénale du ministre des affaires étrangères du Congo. J'approuve également la position de la Cour qui, au vu des conclusions du Congo en leur dernier état, s'est abstenue d'aborder et de traiter la question de savoir si la licéité dudit mandat devait être remise en cause au titre de la compétence universelle telle qu'elle a été exercée par la Belgique.

2. Les considérations de logique auraient dû amener la Cour à aborder la question de la compétence universelle, une question d'actualité et sur laquelle une décision en la présente affaire aurait nécessairement fait jurisprudence. Le retrait de la première conclusion initiale du Congo (voir paragraphes 17 et 21 du texte de l'arrêt) en soi n'était pas suffisant pour justifier l'attitude de la Cour. On pouvait raisonnablement considérer cette première demande initiale comme une fausse conclusion et l'analyser comme un moyen qui a été exposé pour servir de fondement à la principale demande : la déclaration de l'illicéité du mandat d'arrêt sur le terrain de la violation des immunités de juridiction pénale. L'évolution des demandes du Congo montre que de moyen de demande, la question de la compétence universelle s'est transformée en moyen de défense de la Belgique. Sur le plan procédural, c'est cependant par rapport aux *petita* et aux moyens de demande que la Cour statue quel que soit, par ailleurs, l'intérêt en soi des questions soulevées au cours de la procédure. Compte tenu des conclusions sur le caractère illicite du mandat, il n'était plus nécessaire d'aborder le second aspect de l'illicéité, à mon grand regret. Une chose est certaine : on ne saurait inférer du texte de l'arrêt une interprétation selon laquelle la Cour se serait montrée indifférente à l'égard de la compétence universelle; la question reste ouverte au regard du droit.

3. Le silence de l'arrêt sur la question de la compétence universelle me met dans une situation inconfortable. L'expression d'une opinion sur la

DECLARATION OF JUDGE RANJEVA

[Translation]

Effect of withdrawal of the Congo's original first submission — Exclusion of universal jurisdiction in absentia *from the subject-matter of the claims — Universal jurisdiction of national courts: Belgian legislation — Development of the régime of universal jurisdiction under international law — Maritime piracy and universal jurisdiction under customary law — Obligation to punish and jurisdiction of national courts —* Aut judicare aut dedere *— Seriousness of offences not a basis for universal jurisdiction — Interpretation of the* "Lotus" *case — No recognition yet under international law of universal jurisdiction* in absentia *in the absence of a connecting factor.*

1. I fully subscribe to the Judgment's conclusion that the issue and international circulation of the arrest warrant of 11 April 2000 constituted violations of an international obligation owed by Belgium to the Congo in that they failed to respect the immunity from criminal jurisdiction of the Congo's Minister for Foreign Affairs. I also approve of the Court's position in refraining, in the light of the Congo's submissions as finally stated, from raising and dealing with the issue whether the legality of the warrant was subject to challenge on account of universal jurisdiction as it was exercised by Belgium.

2. Logical considerations should have led the Court to address the question of universal jurisdiction, a topical issue on which a decision in the present case would have necessarily set a precedent. The Congo's withdrawal of its original first submission (see paragraphs 17 and 21 of the Judgment) was not sufficient *per se* to justify the Court's position. The first claim as originally formulated could reasonably have been deemed a false submission and construed as a ground advanced to serve as the basis for the main relief sought: a declaration that the arrest warrant was unlawful as constituting a violation of immunities from criminal jurisdiction. As a result of the amendment of the Congo's claim, the question of universal jurisdiction was transformed from a ground of claim into a defence for Belgium. Procedurally, however, the Court must rule on the submissions and the grounds of the claims, and do so regardless of the intrinsic interest presented by questions raised in the course of the proceedings. Given the submissions concerning the unlawfulness of the warrant, it became unnecessary, to my great regret, to address the second aspect of unlawfulness. One thing is certain: there is no basis for concluding from the text of the Judgment that the Court was indifferent to the question of universal jurisdiction. That remains an open legal issue.

3. The silence maintained by the Judgment on the question of universal jurisdiction places me in an awkward position. Expressing an opinion

compétence pénale des juridictions nationales dans l'exercice de la compétence universelle. Ce développement n'a pas eu pour effet la reconnaissance d'une compétence *in absentia* ou par défaut.

8. L'argumentation belge invoque à son profit non seulement une obligation juridique internationale de réprimer les infractions graves de droit humanitaire mais également la faculté qui est reconnue de légiférer de manière discrétionnaire en la matière. Il n'est pas utile de revenir sur le manque de fondement du premier volet de cette argumentation qui confond à tort l'obligation de réprimer et son mode opératoire : la revendication de la compétence *in absentia* des juridictions pénales nationales en l'absence de clause attributive de compétence. Ainsi l'affirmation de la Belgique selon laquelle « on sait que la justice belge a le droit de connaître de violations graves du droit international humanitaire même si leur auteur présumé n'est pas trouvé sur le territoire belge » (contre-mémoire de la Belgique, p. 89, par. 3.3.28) reste une pétition de principe. Les exemples invoqués à l'appui de cette proposition ne sont pas concluants : sur cent vingt-cinq législations nationales concernant la répression de crimes de guerre ou contre l'humanité, seuls cinq Etats ne requièrent pas la présence sur le territoire pour l'ouverture de poursuites pénales (contre-mémoire de la Belgique, p. 98-99, par. 3.3.57).

9. Quant à l'étendue de la compétence législative nationale, la Belgique l'a justifiée de la jurisprudence de l'affaire du *Lotus* :

> « Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit... Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. » (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 19.)

Et plus loin le même arrêt de dire :

> « tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; ... La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale. » (*Ibid.*, p. 19-20.)

Sans aucun doute, on peut analyser l'évolution des idées et des conditions politiques dans le monde contemporain comme favorable à une atténuation de la conception territorialiste de la compétence et à l'émergence d'une approche plus fonctionnaliste dans le sens d'un service au profit des fins supérieures communes. Prendre acte de cette tendance ne saurait justifier l'immolation des principes cardinaux du droit sur l'autel d'une cer-

jurisdiction. These legal developments did not result in the recognition of jurisdiction *in absentia*.

8. In support of its argument, Belgium invokes not only an international legal obligation to punish serious violations of humanitarian law but also a generally recognized discretion to enact legislation in this area. It is not worth commenting further on the lack of merit in the first limb of this argument, which mistakenly confuses the obligation to punish with the manner in which it is fulfilled: namely a claim that national criminal courts have jurisdiction *in absentia* notwithstanding the lack of any provision conferring such jurisdiction. Thus Belgium's assertion that "[a]s has already been addressed, pursuant to Belgian law, Belgium has the right to investigate grave breaches of international humanitarian law even when the presumptive perpetrator is not found on Belgian territory" (Counter-Memorial of Belgium, p. 89, para. 3.3.28) begs the question. The examples cited in support of this proposition are not persuasive: of the 125 States having national legislation concerning punishment of war crimes and crimes against humanity, only five provide that the presence of the accused in their territory is not required for initiating prosecution (see Counter-Memorial of Belgium, pp. 98-99, para. 3.3.57).

9. Belgium relies on the decision in the *"Lotus"* case to justify the scope of national legislative powers:

> "It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law . . . Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable." (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 19.)

That same Judgment states further on:

> "[A]ll that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; . . . The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty." (*Ibid.*, pp. 19-20.)

Doubtless, evolving opinion and political conditions in the contemporary world can be seen as favouring the retreat from the territory-based conception of jurisdiction and the emergence of a more functional approach in the service of higher common ends. Acknowledging such a trend cannot however justify the sacrifice of cardinal principles of law in the name of a particular kind of modernity. Territoriality as the basis of entitle-

taine modernité. Le caractère territorial de la base du titre de compétence reste encore une des valeurs sûres, le noyau dur du droit international positif contemporain. L'acceptation doctrinale du principe énoncé dans l'affaire du *Lotus*, lorsqu'il s'est agi de la lutte contre les crimes internationaux, ne s'est pas encore traduite par un développement consécutif du droit positif en matière de compétence juridictionnelle pénale.

10. Enfin l'argumentation de la Belgique invoque plus particulièrement à l'appui de son interprétation de la compétence universelle *in absentia* le passage suivant du même arrêt *Lotus*:

> «S'il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n'en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes ces législations étendent leur action à des délits commis hors du territoire; et cela d'après des systèmes qui changent d'Etat à Etat.» (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 20.)

Il est difficile d'induire de cette proposition la consécration de la compétence universelle *in absentia*. Au contraire, la Cour permanente se montre très prudente; elle restreint sa sphère d'investigation au cas d'espèce qui est soumis à son examen et recherche des analogies étroites avec des situations analogues. En fait toute tentative d'y vouloir trouver les bases d'une compétence universelle *in absentia* relève de la spéculation : les faits de l'espèce se limitaient au problème de la compétence des juridictions pénales turques à la suite de l'arrestation du lieutenant Demons dans les eaux territoriales turques alors que cet officier commandait en second un navire battant pavillon français.

11. En définitive, la question liée à la compétence universelle *in absentia* réside dans la difficulté qui existe dans la possibilité d'une compétence pénale extraterritoriale en l'absence de tout lien de rattachement de l'Etat qui revendique l'exercice de cette compétence avec le territoire où les faits incriminés ont eu lieu, avec l'effectivité de son autorité sur les auteurs présumés de ces forfaits. Ce problème s'explique par la nature d'un acte en procédure pénale : il n'a pas un caractère virtuel, il est exécutoire et requiert, à cette fin, une base matérielle minimale au regard du droit international. Pour ces raisons, l'interdiction explicite de l'exercice d'une compétence universelle, au sens où la Belgique l'a interprété, ne constitue pas une base suffisante.

12. En conclusion, indépendamment de l'ardente obligation de rendre effective la nécessité de prévenir et de réprimer les crimes de droit international humanitaire pour favoriser l'avènement de la paix et de la sécurité internationale, et sans qu'il soit, pour autant, indispensable de réprouver la loi belge du 16 juin 1993 modifiée le 10 février 1999, il aurait été difficile, au regard du droit positif contemporain, de ne pas donner droit à la première conclusion initiale de la République démocratique du Congo.

(Signé) Raymond RANJEVA.

---

ment to jurisdiction remains a given, the core of contemporary positive international law. Scholarly acceptance of the principle laid down in the *"Lotus"* case in the context of combating international crimes has not yet found expression in a consequential development of the positive law relating to criminal jurisdiction.

10. Finally, Belgium places particular reliance on the following passage from the *"Lotus"* Judgment in support of its interpretation of universal jurisdiction *in absentia*:

> "Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State." (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 20).

It cannot reasonably be inferred that this proposition establishes universal jurisdiction *in absentia*. To the contrary, the Permanent Court manifested great caution; it limited its realm of investigation to the case before it and sought close similarities with analogous situations. Any attempt to read into this the bases of universal jurisdiction *in absentia* is mere conjecture: the facts of the case were confined to the issue of the Turkish criminal courts' jurisdiction as a result of the arrest in Turkish territorial waters of Lieutenant Demons, the second-in-command of a vessel flying the French flag.

11. In sum, the issue of universal jurisdiction *in absentia* arises from the problem created by the possibility of extraterritorial criminal jurisdiction in the absence of any connection between the State claiming such jurisdiction and the territory in which the alleged offences took place — of any effective authority of that State over the suspected offenders. This problem stems from the nature of an instrument of criminal process: it is not a mere abstraction; it is enforceable, and, as such, requires a minimum material basis under international law. It follows that an explicit prohibition on the exercise, as construed by Belgium, of universal jurisdiction does not represent a sufficient basis.

12. In conclusion, notwithstanding the deep-seated sense of obligation to give effect to the requirement to prevent and punish crimes under international humanitarian law in order to promote peace and international security, and without there being any overriding consequential need to condemn the Belgian Law of 16 June 1993, as amended on 10 February 1999, it would have been difficult under contemporary positive law not to uphold the Democratic Republic of the Congo's original first submission.

(Signed) Raymond RANJEVA.

question est singulière : elle porterait sur des développements hypothétiques alors que le problème est réel tant dans la présente affaire que compte tenu de l'évolution du droit pénal international lorsqu'il s'agit de la prévention et de la répression des crimes odieux et attentatoires aux droits et à la dignité de l'être humain au regard du droit international. Aussi la présente déclaration portera-t-elle sur l'interprétation que la Belgique donne de la compétence universelle.

4. En application de la loi belge du 16 juin 1993 modifiée le 10 février 1999, portant répression des violations graves du droit international humanitaire, le juge d'instruction près le tribunal de première instance de Bruxelles a émis un mandat d'arrêt international à l'encontre de M. Yerodia Ndombasi, alors ministre des affaires étrangères du Congo; il était reproché à ce dernier des violations graves de règles de droit humanitaire ainsi que des crimes contre l'humanité. Aux termes de l'article 7 de ladite loi, les auteurs de telles infractions «relèvent de la compétence des juridictions belges, quelles que soient leur nationalité et celle des victimes» (mandat d'arrêt, par. 3.4). L'intérêt de la présente décision réside dans le fait que l'affaire est une véritable avant-première.

5. La législation belge qui institue la compétence universelle *in absentia* pour les violations graves du droit international humanitaire a consacré l'interprétation la plus extensive de cette compétence. Les juridictions ordinaires belges sont compétentes pour juger les crimes de guerre, contre l'humanité et de génocide, commis par des non-Belges, en dehors du territoire belge tandis que le mandat émis à l'encontre de M. Yerodia Ndombasi est la première des applications de cette hypothèse extrême. Il ne semble pas que des dispositions législatives en droit positif autorisent l'exercice de la compétence pénale en l'absence d'un lien de connexité territoriale ou personnelle, actif ou passif. L'innovation de la loi belge réside dans la possibilité de l'exercice de la compétence universelle en l'absence de tout lien de la Belgique avec l'objet de l'infraction, la personne de l'auteur présumé de l'infraction ou enfin le territoire pertinent. Mais après les tragiques événements survenus en Yougoslavie et au Rwanda, plusieurs Etats ont invoqué la compétence universelle pour engager des poursuites contre des auteurs présumés de crimes de droit humanitaire; cependant, à la différence du cas de M. Yerodia Ndombasi, les personnes impliquées avaient auparavant fait l'objet d'une procédure ou d'un acte d'arrestation, c'est-à-dire qu'un lien de connexion territoriale existait au préalable.

6. En droit international, la même considération liée au lien de connexité *ratione loci* est également exigée pour l'exercice de la compétence universelle. La piraterie maritime est l'unique cas classique d'application de la compétence universelle selon le droit coutumier. L'article 19 de la convention de Genève du 29 avril 1958 puis l'article 105 de la convention de Montego Bay[1] du 10 décembre 1982 disposent que :

[1] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

on the subject would be an unusual exercise, because it would involve reasoning in the realm of hypothesis, whereas the problem is a real one, not only in the present case but also in the light of developments in international criminal law aimed at preventing and punishing heinous crimes violating human rights and dignity under international law. This declaration will accordingly address Belgium's interpretation of universal jurisdiction.

4. Acting pursuant to the Belgian Law of 16 June 1993, as amended on 10 February 1999, concerning the punishment of serious violations of international humanitarian law, an investigating judge of the Brussels Tribunal de première instance issued an international arrest warrant against Mr. Yerodia Ndombasi, the then Minister for Foreign Affairs of the Congo. Mr. Yerodia was accused of serious violations of humanitarian law and of crimes against humanity. Under Article 7 of that Law, perpetrators of such offences are "subject to the jurisdiction of the Belgian courts, irrespective of their nationality or that of the victims" (arrest warrant, para. 3.4). The interest presented by this decision lies in the fact that the case is truly one of first impression.

5. The Belgian legislation establishing universal jurisdiction *in absentia* for serious violations of international humanitarian law adopted the broadest possible interpretation of such jurisdiction. The ordinary courts of Belgium have been given jurisdiction over war crimes, crimes against humanity and genocide committed by non-Belgians outside Belgium, and the warrant issued against Mr. Yerodia is the first instance in which this radical approach has been applied. There would appear to be no other legislation which permits the exercise of criminal jurisdiction in the absence of a territorial or personal connecting factor, active or passive. The innovative nature of the Belgian statute lies in the possibility it affords for exercising universal jurisdiction in the absence of any connection between Belgium and the subject-matter of the offence, the alleged offender or the relevant territory. In the wake of the tragic events in Yugoslavia and Rwanda, several States have invoked universal jurisdiction to prosecute persons suspected of crimes under humanitarian law; unlike Mr. Yerodia, however, the individuals in question had first been the subject of some form of proceedings or had been arrested; in other words, there was already a territorial connection.

6. Under international law, the same requirement of a connection *ratione loci* again applies to the exercise of universal jurisdiction. Maritime piracy affords the sole traditional example where universal jurisdiction exists under customary law. Article 19 of the Geneva Convention of 29 April 1958 and Article 105 of the Montego Bay Convention of 10 December 1982[1] provide:

[1] United Nations Convention on the Law of the Sea.

> «Tout Etat peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat, saisir un navire ou un aéronef pirate, ou un navire ou un aéronef capturé à la suite d'un acte de piraterie et aux mains de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord. Les tribunaux de l'Etat qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger.»

La compétence universelle, en l'occurrence, s'explique en haute mer par l'absence de souveraineté déterminée et le régime de liberté; la juridiction de l'Etat du pavillon représente ainsi normalement le facteur de garantie du respect du droit. Mais la piraterie étant définie comme la répudiation et la soustraction du pirate de la juridiction de tout ordre étatique, l'exercice de la compétence universelle permet d'assurer le rétablissement de l'ordre juridique. C'est donc l'atteinte à l'aménagement international de l'ordre des juridictions des Etats qui explique, dans ce cas particulier, la consécration de la compétence universelle des tribunaux nationaux chargés de juger les pirates et les actes de piraterie. En revanche, la gravité, en soi, des infractions, n'a pas été considérée comme suffisante pour établir la compétence universelle. Il n'y a pas d'autre exemple d'infraction commise en haute mer pour laquelle la compétence universelle a été consacrée (par exemple : conventions du 18 mai 1904 et du 4 mai 1910 (relatives à la répression de la traite des Blanches); convention du 30 septembre 1921 (pour la répression de la traite des femmes et des enfants); convention du 28 juin 1930 (sur le travail forcé ou obligatoire) et du 25 juin 1957 (abolissant le travail forcé)).

7. L'évolution du droit pénal conventionnel, dans les dernières décennies, s'est orientée vers la consécration de l'obligation de réprimer et un nouvel aménagement de la compétence des Etats en matière de répression. Alors que les conventions de droit humanitaire de Genève de 1949 sont sources d'obligations juridiques internationales, elles ne comportent aucune disposition sur la compétence des juridictions nationales pour en assurer sur le plan judiciaire l'effectivité. Il en était de même de la convention de 1948 sur le génocide. Il a fallu attendre l'organisation sur le plan international de la lutte contre le terrorisme sur les aéronefs pour l'adoption de dispositions qui relèvent de l'exercice de la compétence universelle: la consécration du principe *aut judicare aut dedere* dans le paragraphe 2 de l'article 4 de la convention de La Haye du 16 décembre 1970, dans les termes suivants: «Tout Etat contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction dans le cas où l'auteur présumé de celle-ci se trouve sur son territoire et où ledit Etat ne l'extrade pas.»[2] On relèvera que la mise en œuvre du principe *aut judicare aut dedere* est conditionnée par l'arrestation effective au préalable de l'auteur présumé. Cette disposition de 1970 a servi de modèle pour l'extension, dans diverses conventions ultérieures, de la

[2] Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs.

> "On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed . . ."

Universal jurisdiction under those circumstances may be explained by the lack of any predetermined sovereignty over the high seas and by the régime of their freedom; thus, normally, the jurisdiction of the flag State serves as the mechanism which ensures respect for the law. But since piracy by definition involves the pirate's denial and evasion of the jurisdiction of any State system, the exercise of universal jurisdiction enables the legal order to be re-established. Thus, in this particular situation the conferring of universal jurisdiction on national courts to try pirates and acts of piracy is explained by the harm done to the international system of State jurisdiction. The inherent seriousness of the offence itself has, however, not been deemed sufficient *per se* to establish universal jurisdiction. Universal jurisdiction has not been established over any other offence committed on the high seas (see, for example: the Conventions of 18 May 1904 and 4 May 1910 (for the suppression of the white slave traffic); the Convention of 30 September 1921 (for the suppression of the traffic in women and children); the Conventions of 28 June 1930 (concerning forced labour) and of 25 June 1957 (abolishing forced labour)).

7. There has been a movement in treaty-based criminal law over the last few decades towards recognition of the obligation to punish and towards a new system of State jurisdiction in criminal matters. While the 1949 Geneva humanitarian law conventions do give rise to international legal obligations, they contain no provision concerning the jurisdiction of national courts to enforce those obligations by judicial means. The same is true of the 1948 Genocide Convention. It was not until an international régime was established to combat terrorist attacks on aircraft that provisions were adopted implying the exercise of universal jurisdiction: the Hague Convention of 16 December 1970 enshrined the principle *aut judicare aut dedere* in Article 4, paragraph 2, as follows: "Each Contracting State shall . . . take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the case where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him . . ."[2] It is to be noted that application of the principle *aut judicare aut dedere* is conditional on the alleged offender having first been arrested. This provision dating from 1970 served as a model for the extension in various subsequent conventions of the criminal jurisdiction of national courts through the exercise of universal

[2] Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft.

SEPARATE OPINION OF JUDGE KOROMA

Legal approach taken by Court justified in view of position of Parties, the origin and sources of the dispute and consistent with jurisprudence of the Court — Actual question before Court not a choice between universal jurisdiction or immunity — Though two concepts are linked, but not identical — Judgment not to be seen as rejection or endorsement of universal jurisdiction — Court not neutral on issues of grave breaches — But legal concepts should be consistent with legal tenets — Cancellation of warrant appropriate response for unlawful act.

1. The Court in paragraph 46 of the Judgment acknowledged that, as a matter of legal logic, the question of the alleged violation of the immunities of the Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo should be addressed only once there has been a determination in respect of the legality of the purported exercise of universal jurisdiction by Belgium. However, in the context of the present case and given the main legal issues in contention, the Court chose another technique, another method, of exercising its discretion in arranging the order in which it will respond when more than one issue has been submitted for determination. This technique is not only consistent with the jurisprudence of the Court, but the Court is also entitled to such an approach, given the position taken by the Parties.

2. The Congo, in its final submissions, invoked only the grounds relating to the alleged violation of the immunity of its Foreign Minister, while it had earlier stated that any consideration by the Court of the issues of international law raised by universal jurisdiction would be undertaken not at its request but, rather, by virtue of the defence strategy adopted by Belgium. Belgium, for its part, had, at the outset, maintained that the exercise of universal jurisdiction is a valid counterweight to the observance of immunities, and that it is not that universal jurisdiction is an exception to immunity but rather that immunity is excluded when there is a grave breach of international criminal law. Belgium, nevertheless, asked the Court to limit its jurisdiction to those issues that are the subject of the Congo's final submissions, in particular not to pronounce on the scope and content of the law relating to universal jurisdiction.

3. Thus, since both Parties are in agreement that the subject-matter of the dispute is whether the arrest warrant issued against the Minister for Foreign Affairs of the Congo violates international law, and the Court is asked to pronounce on the question of universal jurisdiction only in so far as it relates to the question of the immunity of a Foreign Minister in office, both Parties had therefore relinquished the issue of universal juris-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. KOROMA

[Traduction]

Démarche juridique adoptée par la Cour justifiée étant donné la position des Parties, l'origine et les sources du différend, et conforme à la jurisprudence de la Cour — Question dont est effectivement saisie la Cour n'étant pas un choix entre compétence universelle et immunité — Deux notions liées, mais non identiques — Arrêt ne devant pas être lu comme rejetant ou avalisant la compétence universelle — La Cour n'étant pas neutre sur la question des violations graves — Mais notions juridiques devant être compatibles avec les doctrines juridiques — Annulation du mandat étant une réaction appropriée au fait illicite.

1. Au paragraphe 46 de son arrêt, la Cour reconnaît que, du point de vue de la logique juridique, la question de la violation alléguée des immunités du ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo ne devrait être envisagée qu'une fois tranchée celle de la licéité de l'exercice par la Belgique de la compétence universelle. Toutefois, dans le cadre de la présente affaire et étant donné les principales questions juridiques en litige, la Cour a choisi d'exercer selon une autre technique, une autre méthode, son pouvoir discrétionnaire de déterminer l'ordre dans lequel elle répond lorsque plus d'une question lui est soumise pour décision. Cette technique n'est pas seulement conforme à la jurisprudence de la Cour, mais la Cour est aussi fondée à l'adopter étant donné la position prise par les Parties.

2. Le Congo, dans ses conclusions finales, invoque seulement les moyens relatifs à la violation alléguée de l'immunité de son ministre des affaires étrangères, alors qu'il avait déclaré au préalable que tout examen par la Cour des questions de droit international soulevées par la compétence universelle serait entrepris non à sa demande mais bien en raison de la stratégie adoptée par la Belgique pour sa défense. La Belgique avait pour sa part maintenu d'emblée que l'exercice de la compétence universelle était un contrepoids valide au respect des immunités, et que ce n'était pas que la compétence universelle fût une exception à l'immunité mais plutôt que l'immunité était exclue en cas de violation grave du droit pénal international. La Belgique a cependant demandé à la Cour de limiter sa compétence aux questions qui font l'objet des conclusions finales du Congo, et en particulier de ne pas statuer sur la portée et le contenu du droit relatif à la compétence universelle.

3. Ainsi, puisque les deux Parties conviennent que l'objet du différend est de savoir si le mandat d'arrêt délivré contre le ministre des affaires étrangères du Congo viole le droit international, et qu'il est demandé à la Cour de se prononcer sur la question de la compétence universelle uniquement dans la mesure où elle affecte l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en exercice, les deux Parties ont donc abandonné la

diction; this entitled the Court to apply its well-established principle that it has a "duty . . . not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from deciding points not included in those submissions" (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 402). In other words, according to the jurisprudence of the Court, it rules on the *petitum*, or the subject-matter of the dispute as defined by the claims of the Parties in their submissions; the Court is not bound by the grounds and arguments advanced by the Parties in support of their claims, nor is it obliged to address all such claims, as long as it provides a complete answer to the submissions. And that position is also in accordance with the submissions of the Parties.

4. This approach is all the more justified in the present case, which has generated much public interest and where two important legal principles would appear to be in competition, when in fact no such competition exists. The Court came to the conclusion, and rightly in my view, that the issue in contention is not one pitting the principle of universal jurisdiction against the immunity of a Foreign Minister. Rather, the dispute before it is whether the issue and international circulation of the arrest warrant by Belgium against the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Congo violated the immunity of the Foreign Minister, and hence the obligation owed by Belgium to the Congo. The Court is asked to pronounce on the issue of universal jurisdiction only in so far as it relates to the question of the immunity of the Foreign Minister. This, in spite of appearances to the contrary, is the real issue which the Court is called upon to determine and not which of those legal principles is pre-eminent, or should be regarded as such.

5. Although immunity is predicated upon jurisdiction — whether national or international — it must be emphasized that the concepts are not the same. Jurisdiction relates to the power of a State to affect the rights of a person or persons by legislative, executive or judicial means, whereas immunity represents the independence and the exemption from the jurisdiction or competence of the courts and tribunals of a foreign State and is an essential characteristic of a State. Accordingly, jurisdiction and immunity must be in conformity with international law. It is not, however, that immunity represents freedom from legal liability as such, but rather that it represents exemption from legal process. The Court was therefore justified that in this case, in its legal enquiry, it took as its point of departure one of the issues directly relevant to the case for determination, namely whether international law permits an exemption from immunity of an incumbent Foreign Minister and whether the arrest warrant issued against the Foreign Minister violates international law, and came to the conclusion that international law does not permit such exemption from immunity.

question de la compétence universelle; cela habilitait la Cour à appliquer son principe bien établi selon lequel elle a «le devoir non seulement de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées» (*Droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950*, p. 402). En d'autres termes, selon la jurisprudence de la Cour, celle-ci statue sur le *petitum*, ou l'objet du différend tel qu'il est défini par les demandes formulées par les Parties dans leurs conclusions; la Cour n'est pas liée par les moyens et les arguments avancés par les Parties à l'appui de leurs demandes, et elle n'est pas non plus tenue de répondre à toutes ces demandes, dès lors qu'elle fournit une réponse complète aux conclusions. Et cette position est aussi conforme aux conclusions des Parties.

4. Cette démarche est d'autant plus justifiée dans la présente espèce, qui a vivement intéressé le public et dans laquelle deux importants principes juridiques semblent être en concurrence, alors qu'en fait tel n'est pas le cas. La Cour est parvenue à la conclusion, à mon avis à juste titre, qu'il n'y a pas en l'espèce d'opposition entre le principe de la compétence universelle et celui de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères. Le différend dont la Cour est saisie porte sur la question de savoir si l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt par la Belgique à l'encontre du ministre des affaires étrangères en exercice du Congo violaient l'immunité de ce ministre et donc l'obligation due par la Belgique au Congo. Il est demandé à la Cour de se prononcer sur la question de la compétence universelle uniquement dans la mesure où elle affecte l'immunité du ministre des affaires étrangères. Cette question, et non celle de savoir lequel de ces principes juridiques est prééminent ou devrait être considéré comme tel, est, en dépit des apparences contraires, la véritable question que la Cour est appelée à trancher.

5. Bien que l'immunité postule la compétence — nationale ou internationale — il convient de souligner que les deux notions ne sont pas identiques. La compétence renvoie au pouvoir de l'Etat d'affecter les droits d'une personne ou de personnes par des mesures législatives, exécutives ou judiciaires, alors que l'immunité représente l'indépendance et l'exemption de la compétence ou de la juridiction des cours et tribunaux d'un Etat étranger, et est un attribut essentiel de l'Etat. C'est pourquoi la compétence et l'immunité doivent être conformes au droit international. Toutefois, l'immunité ne représente pas l'exonération de la responsabilité juridique en tant que telle, mais plutôt une exemption de la juridiction. La Cour était donc en l'espèce justifiée lorsqu'elle a, dans le cadre de ses investigations juridiques, décidé de commencer par répondre à l'une des questions directement pertinentes en l'espèce, celle de savoir si le droit international autorisait une dérogation à l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en exercice et si le mandat d'arrêt émis à l'encontre du ministre des affaires étrangères violait le droit international, et elle est parvenue à la conclusion que le droit international n'autorisait pas une telle dérogation à l'immunité.

6. In making its determination, as it pointed out in the Judgment, the Court took into due consideration the pertinent conventions, judicial decisions of both national and international tribunals, resolutions of international organizations and academic institutes before reaching the conclusion that the issue and circulation of the warrant is contrary to international customary law and violated the immunity of the Minister for Foreign Affairs. The paramount legal justification for this, in my opinion, is that immunity of the Foreign Minister is not only of functional necessity but increasingly these days the Foreign Minister represents the State, even though his or her position is not assimilable to that of Head of State. While it would have been interesting if the Court had done so, the Court did not consider it necessary to undertake a disquisition of the law in order to reach its decision. In acknowledging that the Court refrained from carrying out such an undertaking, in reaching its conclusion, perhaps not wanting to tie its hands when not compelled to do so, the Judgment cannot be said to be juridically constraining or not to have responded to the submissions. The Court's Judgment by its nature may not be as expressive or exhaustive of all the underlying legal principles pertaining to a case, so long as it provides a reasoned and complete answer to the submissions.

7. In the present case, the approach taken by the Court can also be viewed as justified and apposite on practical and other grounds. The Minister for Foreign Affairs of the Congo was sued in Belgium, on the basis of Belgian law. According to that law, immunity does not represent a bar to prosecution, even for a Minister for Foreign Affairs in office, when certain grave breaches of international humanitarian law are alleged to have been committed. The immunity claimed by the Foreign Minister is from Belgian national jurisdiction based on Belgian law. The Judgment implies that while Belgium can initiate criminal proceedings in its jurisdiction against anyone, an incumbent Minister for Foreign Affairs of a foreign State is immune from Belgian jurisdiction. International law imposes a limit on Belgium's jurisdiction where the Foreign Minister in office of a foreign State is concerned.

8. On the other hand, in my view, the issue and circulation of the arrest warrant show how seriously Belgium views its international obligation to combat international crimes. Belgium is entitled to invoke its criminal jurisdiction against anyone, save a Foreign Minister in office. It is unfortunate that the wrong case would appear to have been chosen in attempting to carry out what Belgium considers its international obligation.

9. Against this background, the Judgment cannot be seen either as a rejection of the principle of universal jurisdiction, the scope of which has continued to evolve, or as an invalidation of that principle. In my considered opinion, today, together with piracy, universal jurisdiction is available for certain crimes, such as war crimes and crimes against

6. Pour prendre sa décision, la Cour, comme elle l'a fait observer dans l'arrêt, a tenu dûment compte des conventions, de la jurisprudence des juridictions nationales et internationales, et des résolutions d'organisations internationales et d'établissements universitaires pertinentes en la matière avant de conclure que l'émission et la diffusion du mandat étaient contraires au droit international coutumier et violaient l'immunité du ministre des affaires étrangères. La première justification juridique de cette conclusion est, à mon avis, que l'immunité du ministre des affaires étrangères n'est pas seulement une nécessité fonctionnelle mais tient de plus en plus à ce que, de nos jours, le ministre des affaires étrangères représente l'Etat, même si sa position n'est pas assimilable à celle d'un chef d'Etat. La Cour n'a pas jugé nécessaire d'entreprendre une étude approfondie du droit pour parvenir à sa décision, même s'il aurait été intéressant qu'elle le fasse. Si l'on admet que la Cour s'est abstenue de mener une telle étude pour parvenir à sa conclusion, peut-être parce qu'elle ne voulait pas se lier les mains alors qu'elle n'était pas tenue de le faire, on ne peut dire que l'arrêt soit juridiquement contraint ou qu'il ne réponde pas aux conclusions. Dans la mesure où il fournit une réponse raisonnée et complète aux conclusions, l'arrêt de la Cour peut, par sa nature, ne pas exprimer ni épuiser tous les principes juridiques qui sous-tendent une affaire.

7. Dans la présente espèce, la démarche adoptée par la Cour peut aussi être considérée comme justifiée et appropriée pour des raisons pratiques et autres. Le ministre des affaires étrangères du Congo a fait l'objet de poursuites en Belgique, sur la base de la loi belge. Selon cette loi, l'immunité n'est pas un obstacle aux poursuites, même s'agissant d'un ministre des affaires étrangères en exercice, lorsqu'il est allégué que certaines violations graves du droit international humanitaire ont été commises. L'immunité revendiquée par le ministre des affaires étrangères est l'immunité de la juridiction nationale belge sur la base de la loi belge. L'arrêt implique que, si la Belgique peut exercer l'action pénale dans sa juridiction contre n'importe qui, un ministre des affaires étrangères en exercice d'un Etat étranger est exempt de la juridiction belge. Le droit international impose une limite à la juridiction de la Belgique lorsqu'un ministre des affaires étrangères en exercice d'un Etat étranger est concerné.

8. D'autre part, selon moi, l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt montrent à quel point la Belgique prend sérieusement son obligation internationale de lutter contre les crimes internationaux. La Belgique a le droit d'invoquer sa compétence pénale contre quiconque, à l'exception d'un ministre des affaires étrangères en exercice. Il est malheureux qu'une mauvaise cause semble avoir été choisie par la Belgique pour tenter d'exécuter ce qu'elle considère comme son obligation internationale.

9. Dans ce contexte, l'arrêt ne peut être considéré ni comme un rejet du principe de la compétence universelle, dont la portée a continué d'évoluer, ni comme invalidant ce principe. Après mûre réflexion, je considère qu'aujourd'hui la compétence universelle peut être exercée à l'égard de certains crimes, outre la piraterie, comme les crimes de guerre et les

the Court should not pronounce upon the key issue of jurisdiction that divided them, but should rather pass immediately to the question of immunity as it applied to the facts of this case.

3. In our opinion it was not only desirable, but indeed necessary, that the Court should have stated its position on this issue of jurisdiction. The reasons are various. "Immunity" is the common shorthand phrase for "immunity from jurisdiction". If there is no jurisdiction *en principe*, then the question of an immunity from a jurisdiction which would otherwise exist simply does not arise. The Court, in passing over the question of jurisdiction, has given the impression that "immunity" is a free-standing topic of international law. It is not. "Immunity" and "jurisdiction" are inextricably linked. Whether there is "immunity" in any given instance will depend not only upon the status of Mr. Yerodia but also upon what type of jurisdiction, and on what basis, the Belgian authorities were seeking to assert it.

4. While the notion of "immunity" depends, conceptually, upon a pre-existing jurisdiction, there is a distinct corpus of law that applies to each. What can be cited to support an argument about the one is not always relevant to an understanding of the other. In by-passing the issue of jurisdiction the Court has encouraged a regrettable current tendency (which the oral and written pleadings in this case have not wholly avoided) to conflate the two issues.

5. Only if it is fully appreciated that there are two distinct norms of international law in play (albeit that the one — immunity — can arise only if the other — jurisdiction — exists) can the larger picture be seen. One of the challenges of present-day international law is to provide for stability of international relations and effective international intercourse while at the same time guaranteeing respect for human rights. The difficult task that international law today faces is to provide that stability in international relations by a means other than the impunity of those responsible for major human rights violations. This challenge is reflected in the present dispute and the Court should surely be engaged in this task, even as it fulfils its function of resolving a dispute that has arisen before it. But through choosing to look at half the story — immunity — it is not in a position to do so.

6. As Mr. Yerodia was a non-national of Belgium and the alleged offences described in the arrest warrant occurred outside of the territory over which Belgium has jurisdiction, the victims being non-Belgians, the arrest warrant was necessarily predicated on a universal jurisdiction. Indeed, both it and the enabling legislation of 1993 and 1999 expressly say so. Moreover, Mr. Yerodia himself was outside of Belgium at the time the warrant was issued.

7. In its Application instituting proceedings (p. 7), the Democratic Republic of the Congo complained that Article 7 of the Belgian Law:

commun des Parties tendant à ce qu'elle ne se prononce par sur la
ion clef de compétence qui les divisait, mais passe immédiatement à
estion de l'immunité telle qu'elle s'applique aux faits de la présente
e.

A notre avis, il n'était pas seulement souhaitable mais, de fait,
saire que la Cour prenne position sur cette question de compétence.
aisons en sont diverses. Qui dit «immunité» dit «immunité de juri-
on». S'il n'y a pas de juridiction en principe, alors la question de
unité d'une juridiction qui autrement existerait ne se pose tout sim-
ent pas. La Cour, passant outre la question de la compétence, a
é l'impression qu'en droit international l'«immunité» est un sujet
ome. Il n'en est rien. «Immunité» et «compétence» sont inextrica-
ent liées. La question de savoir s'il y a «immunité» dans un cas
é dépendra non seulement du statut de M. Yerodia mais aussi du
de compétence, et du chef de compétence, dont les autorités belges
daient se prévaloir.

Si la notion d'«immunité» dépend, en théorie, d'une compétence
istante, un corpus de droit distinct s'applique à chacune des notions.
u'on peut citer à l'appui d'un argument au sujet de la première n'est
oujours pertinent s'agissant de comprendre la seconde. En laissant
té la question de la compétence, la Cour a encouragé une tendance
lle regrettable (que dans leurs écritures et leurs plaidoiries les parties
présente affaire n'ont pas totalement évitée) à réunir les deux ques-
.

Ce n'est que si l'on comprend pleinement que deux normes dis-
es du droit international sont en jeu (bien que la première — l'im-
té — ne puisse naître que si l'autre — la compétence — existe) que l'on
avoir une vue d'ensemble. L'un des défis du droit international
emporain est d'assurer la stabilité des relations internationales et
acité des rapports internationaux tout en garantissant le respect des
s de l'homme. La tâche difficile à laquelle le droit international est
ird'hui confronté est d'assurer la stabilité des relations internatio-
autrement que par l'impunité des responsables de violations majeures
droits de l'homme. Ce défi est reflété dans le présent différend et la
devrait assurément œuvrer à cette tâche, alors même qu'elle exerce
nction de régler un différend qui a été porté devant elle. Mais en
issant de ne voir que la moitié de l'histoire — l'immunité — elle
pas en position de le faire.

Comme M. Yerodia n'était pas un national de la Belgique et comme
fractions alléguées dans le mandat d'arrêt ont eu lieu hors du terri-
sur lequel la Belgique exerce sa juridiction, les victimes étant des
Belges, le mandat d'arrêt reposait nécessairement sur une compé-
universelle. De fait, tant ce mandat que les textes de 1993 et 1999 en
desquels il a été émis l'indiquent expressément. De plus, M. Yero-
ui-même était hors de Belgique au moment où le mandat a été émis.

Dans sa requête introductive d'instance (p. 7), la République démo-
que du Congo se plaint que l'article 7 de la loi belge

> *"establishes the universal applicability of the Law and the universal jurisdiction of the Belgian courts in respect of 'serious violations of international humanitarian law', without even making such applicability and jurisdiction conditional on the presence of the accused on Belgian territory.*
>
> *It is clearly this unlimited jurisdiction which the Belgian State confers upon itself which explains the issue of the arrest warrant against Mr. Yerodia Ndombasi, against whom it is patently evident that no basis of territorial or* in personam *jurisdiction, nor any jurisdiction based on the protection of the security or dignity of the Kingdom of Belgium, could have been invoked."*

In its Memorial, the Congo denied that

> "international law recognized such an enlarged criminal jurisdiction as that which Belgium purported to exercise, namely in respect of incidents of international humanitarian law when the accused was not within the prosecuting State's territory" (Memorial of Congo, para. 87). *[Translation by the Registry.]*

In its oral submissions the Congo once again stated that it was not opposed to the principle of universal jurisdiction *per se*. But the assertion of a universal jurisdiction over perpetrators of crimes was not an obligation under international law, only an option. The exercise of universal jurisdiction required, in the Congo's view, that the sovereignty of the other State be not infringed and an absence of any breach of an obligation founded in international law (CR 2001/6, p. 33). Further, according to the Congo, States who are not under any obligation to prosecute if the perpetrator is not present on their territory, nonetheless are free to do so in so far as this exercise of jurisdiction does not infringe the sovereignty of another State and is not in breach of international law *(ibid.)*. The Congo stated that it had no intention of discussing the existence of the principle of universal jurisdiction, nor of placing obstacles in the way of any emerging custom regarding universal jurisdiction (*ibid.*, p. 30). As the oral proceedings drew to a close, the Congo acknowledged that the Court might have to pronounce on certain aspects of universal jurisdiction, but it did not request the Court to do so, as the question did not interest it directly (CR 2001/10, p. 11). It was interested to have a ruling from the Court on Belgium's obligations to the Congo in the light of Mr. Yerodia's immunity at the relevant time. The final submissions as contained in the Application were amended so as to remove any request for the Court to make a determination on the issue of universal jurisdiction.

8. Belgium in its Counter-Memorial insisted that there was a general obligation on States under customary international law to prosecute perpetrators of crimes. It conceded, however, that where such persons were non-nationals, outside of its territory, there was no obligation but rather an available option (Counter-Memorial of Belgium, para. 3.3.25). No

> *«établit ... la compétence universelle de la loi et des juridictions belges à l'égard des « violations graves du droit international humanitaire», sans même subordonner cette compétence à la présence de la personne poursuivie sur le territoire belge.*
>
> *C'est manifestement cette compétence illimitée que s'attribue lui-même l'Etat belge qui explique l'émission du mandat d'arrêt visant M. Yerodia Ndombasi, contre lequel aucun chef de compétence territoriale ou personnelle, ni de compétence fondée sur la protection de la sûreté ou du crédit du Royaume de Belgique n'aurait, à l'évidence, pu être invoqué.»*

Dans son mémoire, le Congo a nié que

> «le droit international reconnaissait une compétence pénale aussi étendue que celle que la Belgique entendait exercer, à savoir en ce qui concerne des incidents de droit international humanitaire alors que l'accusé n'est pas sur le territoire de l'Etat qui exerce des poursuites» (mémoire du Congo, par. 87).

Dans ses plaidoiries, le Congo a une nouvelle fois dit qu'il n'était pas opposé au principe même de la compétence universelle. Mais l'affirmation d'une compétence universelle à l'égard des auteurs de crimes n'était pas, en droit international, une obligation mais seulement une option. L'exercice de la compétence universelle exigeait, pour le Congo, qu'il ne soit pas porté atteinte à la souveraineté de l'autre Etat, et l'absence de tout manquement à une obligation fondée en droit international (CR 2001/10, p. 33). En outre, selon le Congo, les Etats qui ne sont pas tenus de poursuivre si l'auteur n'est pas présent sur leur territoire sont néanmoins libres de le faire dans la mesure où cet exercice de leur compétence ne porte pas atteinte à la souveraineté d'un autre Etat et n'est pas en violation du droit international *(ibid.)*. Le Congo a déclaré qu'il n'avait pas l'intention de discuter l'existence du principe de la compétence universelle, ni de faire obstacle à l'apparition d'une coutume concernant la compétence universelle (*ibid.*, p. 30). Alors que les plaidoiries touchaient à leur fin, le Congo a reconnu que la Cour pourrait avoir à se prononcer sur certains aspects de la compétence universelle, mais il ne lui a pas demandé de le faire, comme la question ne l'intéressait pas directement (CR 2001/10, p. 11). Il souhaitait que la Cour se prononce sur les obligations dues par la Belgique au Congo à la lumière de l'immunité de M. Yerodia au moment pertinent. Les conclusions finales qui figuraient dans la requête ont été modifiées afin qu'il n'y soit plus demandé que la Cour statue sur la question de la compétence universelle.

8. Dans son contre-mémoire, la Belgique a souligné que, en vertu du droit international coutumier, une obligation générale s'imposait aux Etats de poursuivre les auteurs de crimes. Elle a toutefois concédé que lorsque les intéressés étaient des non-nationaux, se trouvant hors de son territoire, il n'y avait pas d'obligation mais plutôt une option disponible

JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGES HIGGINS, KOOIJMANS AND BUERGENTHAL

Necessity of a finding on jurisdiction — Reasoning on jurisdiction not precluded by ultra petita *rule.*

Status of universal jurisdiction to be tested by reference to the sources of international law — Few examples of universal jurisdiction within national legislation or case law of national courts — Examination of jurisdictional basis of multilateral treaties on grave offences do not evidence established practice of either obligatory or voluntary universal criminal jurisdiction — Aut dedere aut prosequi *— Contemporary trends suggesting universal jurisdiction* in absentia *not precluded — The* "Lotus" *case — Evidence that national courts and international tribunals intended to have parallel roles in acting against impunity — Universal jurisdiction not predicated upon presence of accused in territory, nor limited to piracy — Necessary safeguards in exercising such a jurisdiction — Rejection of Belgium's argument that it had in fact exercised no extraterritorial criminal jurisdiction.*

The immunities of an incumbent Minister for Foreign Affairs and their role in society — Rejection of assimilation with Head of State immunities — Trend to preclude immunity when charged with international crimes — Immunity not precluded in the particular circumstances of this case — Role of international law to balance values it seeks to protect — Narrow interpretation to be given to "official acts" when immunities of an ex-Minister for Foreign Affairs under review.

No basis in international law for Court's order to withdraw warrant.

1. We generally agree with what the Court has to say on the issues of jurisdiction and admissibility and also with the conclusions it reaches. There are, however, reservations that we find it necessary to make, both on what the Court has said and what it has chosen not to say when it deals with the merits. Moreover, we consider that the Court erred in ordering Belgium to cancel the outstanding arrest warrant.

* * *

2. In its Judgment the Court says nothing on the question of whether — quite apart from the status of Mr. Yerodia at the relevant time — the Belgian magistracy was entitled under international law to issue an arrest warrant for someone not at that time within its territory and pass it to Interpol. It has, in effect, acceded to the common wish of the Parties that

OPINION INDIVIDUELLE COMMUNE DE M^MS HIGGINS, M. KOOIJMANS ET M. BUERGENTHAL

[Traduction]

Nécessité d'une conclusion sur la compétence — Prononcé sur la compétence n'étant pas exclu par la règle ultra petita.

Statut de la compétence universelle devant être apprécié au regard des sources du droit international — Peu d'exemples de compétence universelle dans la législation nationale ou la jurisprudence des tribunaux nationaux — Examen du fondement juridictionnel des traités multilatéraux sur les infractions graves n'attestant pas l'existence d'une pratique établie de la compétence pénale universelle obligatoire ou volontaire — Aut dedere aut prosequi *— Tendances contemporaines donnant à penser que la compétence universelle par défaut n'est pas exclue — Affaire du* Lotus *— Eléments attestant que les tribunaux nationaux et les juridictions internationales doivent agir en parallèle dans la lutte contre l'impunité — Compétence universelle ne postulant pas la présence de l'accusé sur le territoire, et n'étant pas limitée à la piraterie — Garanties nécessaires dans l'exercice de cette compétence — Rejet de l'argument de la Belgique selon lequel elle n'a en fait exercé aucune compétence pénale extraterritoriale.*

Immunités d'un ministre des affaires étrangères en exercice et leur rôle dans la société – Pas d'assimilation aux immunités d'un chef d'Etat — Tendance à exclure l'immunité en cas d'accusation de crimes internationaux — Immunité non exclue dans les circonstances particulières de l'espèce — Rôle du droit international s'agissant de mettre en balance les valeurs qu'il cherche à protéger — Expression « actes officiels » devant être interprétée étroitement lorsque l'on examine les immunités d'un ancien ministre des affaires étrangères.

Injonction de la Cour d'annuler le mandat non fondée en droit international.

1. Nous souscrivons d'une manière générale à ce que la Cour a dit sur les questions de compétence et de recevabilité de même qu'aux conclusions auxquelles elle parvient. Nous jugeons toutefois nécessaire de faire des réserves, tant sur ce que la Cour a dit que sur ce qu'elle a choisi de ne pas dire quant au fond. De plus, nous estimons que la Cour a commis une erreur en ordonnant à la Belgique d'annuler le mandat d'arrêt.

* * *

2. Dans son arrêt, la Cour ne dit rien de la question de savoir si — quel qu'ait été le statut de M. Yerodia au moment pertinent — la magistrature belge était habilitée en droit international à émettre un mandat d'arrêt à l'encontre de quelqu'un qui n'était pas à l'époque sur le territoire belge et de le transmettre à Interpol. Elle a, en fait, fait droit au

territorial presence was required for the exercise of jurisdiction where the offence violated the fundamental interests of the international community (Counter-Memorial of Belgium, paras. 3.3.44-3.3.52). In Belgium's view an investigation or prosecution mounted against a person outside its territory did not violate any rule of international law, and was accepted both in international practice and in the internal practice of States, being a necessary means of fighting impunity (Counter-Memorial of Belgium, paras. 3.3.28-3.3.74).

9. These submissions were reprised in oral argument, while noting that the Congo "no longer contest[ed] the exercise of universal jurisdiction by default" (CR 2001/9, pp. 8-13). Belgium, too, was eventually content that the Court should pronounce simply on the immunity issue.

10. That the Congo should have gradually come to the view that its interests were best served by reliance on its arguments on immunity, was understandable. So was Belgium's satisfaction that the Court was being asked to pronounce on immunity and not on whether the issue and circulations of an international arrest warrant required the presence of the accused on its territory. Whether the Court should accommodate this consensus is another matter.

11. Certainly it is not required to do so by virtue of the *ultra petita* rule. In the Counter-Memorial Belgium quotes the *locus classicus* for the *non ultra petita* rule, the *Asylum (Interpretation)* case:

> "it is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from *deciding* points not included in those submissions" (*Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 402; Counter-Memorial of Belgium, para. 2.75; emphasis added).

It also quotes Rosenne who said: "It does not confer jurisdiction on the Court or detract jurisdiction from it. It limits the extent to which the Court may go in its decision." (Counter-Memorial of Belgium, para. 2.77.)

12. Close reading of these quotations shows that Belgium is wrong it if wishes to convey to the Court that the *non ultra petita* rule would bar it from *addressing* matters not included in the submissions. It only precludes the Court from deciding upon such matters in the operative part of the Judgment since that is the place where the submissions are dealt with. But it certainly does not prevent the Court from considering in its reasoning issues which it deems relevant for its conclusions. As Sir Gerald Fitzmaurice said:

(contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.25). Aucune présence sur le territoire n'était requise pour l'exercice de la compétence lorsque l'infraction violait des intérêts fondamentaux de la communauté internationale (contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.44 à 3.3.52). Pour la Belgique, le fait d'ouvrir une enquête ou d'engager des poursuites contre une personne se trouvant hors de son territoire ne violait aucune règle du droit international, et était accepté aussi bien dans la pratique internationale que dans la pratique interne des Etats comme un moyen nécessaire pour lutter contre l'impunité (contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.28 à 3.3.74).

9. Ces conclusions ont été reprises lors des plaidoiries, la Belgique notant que le Congo «ne conteste plus ... l'exercice d'une compétence universelle par défaut» (CR 2001/9, p. 8 à 13). La Belgique, elle aussi, était finalement satisfaite que la Cour ne se prononce que sur la question de l'immunité.

10. Il est compréhensible que le Congo en soit venu progressivement à penser que ses intérêts seraient mieux servis s'il faisait fond sur ses arguments concernant l'immunité. Il l'est tout autant que la Belgique soit satisfaite qu'il fût demandé à la Cour de se prononcer sur l'immunité et non sur la question de savoir si l'émission et la diffusion d'un mandat d'arrêt international exigeaient la présence de l'accusé sur son territoire. Une autre question est de savoir si la Cour devait faire droit à ce consensus.

11. Assurément, elle n'est pas tenue de le faire par l'effet de la règle *ultra petita*. Dans son contre-mémoire, la Belgique cite le *locus classicus* de la règle *non ultra petita*, l'affaire du *Droit d'asile (demande d'interprétation)*:

> «la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de *statuer* sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées» (*Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950*, p. 402; contre-mémoire de la Belgique, par. 2.75; les italiques sont de nous).

Elle cite également Rosenne, qui a écrit : «Elle ne donne pas de compétence à la Cour ni ne lui retire sa compétence. Elle limite la Cour dans la portée de sa décision.» (Contre-mémoire de la Belgique, par. 2.77.)

12. Une lecture attentive de ces citations montre que la Belgique a tort si elle souhaite indiquer à la Cour que la règle *non ultra petita* empêcherait celle-ci d'*aborder* des questions qui ne sont pas comprises dans les conclusions. Cette règle empêche seulement la Cour de statuer sur ces questions dans le dispositif de son arrêt puisque c'est l'endroit où elle répond aux conclusions. Mais elle n'empêche certainement pas la Cour d'examiner dans le cadre de son raisonnement les questions qu'elle juge pertinentes pour ses conclusions. Comme l'a déclaré sir Gerald Fitzmaurice :

> "unless certain distinctions are drawn, there is a danger that [the *non ultra petita* rule] might hamper the tribunal in coming to a correct decision, and might even cause it to arrive at a legally incorrect one, by compelling it to neglect juridically relevant factors" (*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. II, pp. 529-530).

13. Thus the *ultra petita* rule can operate to preclude a finding of the Court, in the *dispositif*, on a question not asked in the final submissions by a party. But the Court should not, because one or more of the parties finds it more comfortable for its position, forfeit necessary steps on the way to the finding it *does* make in the *dispositif*. The Court has acknowledged this in paragraph 43 of the present Judgment. But having reserved the right to deal with aspects of universal jurisdiction in its reasoning, "should it deem this necessary or desirable", the Court says nothing more on the matter.

14. This may be contrasted with the approach of the Court in the Advisory Opinion request put to it in *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)* (*I.C.J. Reports 1962*, pp. 156-157). (The Court was constrained by the request put to it, rather than by the final submissions of the Applicant, but the point of principle remains the same.) The Court was asked by the General Assembly whether the expenditures incurred in connection with UNEF and ONUC constituted "expenses of the organization" for purposes of Article 17, paragraph 2, of the Charter.

15. France had in fact proposed an amendment to this request, whereby the Court would have been asked to consider whether the expenditures in question were made in conformity with the provisions of the Charter, before proceeding to the question asked. This proposal was rejected. The Court stated

> "The rejection of the French amendment does not constitute a directive to the Court to exclude from its consideration the question whether certain expenditures were 'decided on in conformity with the Charter', if the Court finds such consideration appropriate. It is not to be assumed that the General Assembly would thus seek to fetter or hamper the Court in the discharge of its judicial functions; the Court must have full liberty to consider all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory opinion." (*Ibid.*, p. 157.)

The Court further stated that it

> "has been asked to answer a specific question related to certain identified expenditures which have actually been made, but the Court would not adequately discharge the obligation incumbent on it unless it examined in some detail various problems raised by the question which the General Assembly has asked" (*ibid.*, p. 158).

«si l'on ne fait pas certaines distinctions, il existe un danger que [la règle *non ultra petita*] empêche le tribunal de parvenir à une décision correcte, et même l'amène à aboutir à une conclusion juridiquement incorrecte en le forçant à négliger des facteurs juridiquement pertinents» (*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. II, p. 529 et 530).

13. Ainsi, la règle *ultra petita* peut jouer pour empêcher la Cour de parvenir, dans le dispositif, à une conclusion sur une question qui n'est pas posée dans les conclusions finales d'une partie. Mais la Cour ne devrait pas, parce qu'une partie ou les deux jugent que cela sert mieux leur cause, renoncer aux étapes nécessaires pour aboutir à la conclusion à laquelle elle aboutit *effectivement* dans le dispositif. La Cour l'a reconnu au paragraphe 43 du présent arrêt. Mais s'étant réservé le droit d'aborder tel ou tel aspect de la compétence universelle dans sa motivation «si elle l'estime nécessaire ou souhaitable», la Cour ne dit rien de plus sur cette question.

14. Cette démarche peut être opposée à celle que la Cour a adoptée dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire concernant *Certaines dépenses de l'Organisation des Nations Unies* (art. 17, par. 2, de la Charte) (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 156 et 157). (La Cour y était contrainte par la question qui lui était posée et non par les conclusions finales du demandeur, mais le point de principe demeure le même.) La Cour était priée par l'Assemblée générale de dire si les dépenses encourues au titre de la FENU et de l'ONUC constituaient des «dépenses de l'Organisation» aux fins de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte.

15. La France avait en fait proposé un amendement à cette question, aux termes duquel il aurait été demandé à la Cour d'examiner si les dépenses en question avaient été décidées conformément aux dispositions de la Charte avant de passer à la question posée. Cet amendement fut rejeté. La Cour a déclaré :

«Le rejet de l'amendement français ne constitue pas une injonction pour la Cour d'avoir à écarter l'examen de la question de savoir si certaines dépenses ont été «décidées conformément aux dispositions de la Charte», si la Cour croit opportun de l'aborder. On ne doit pas supposer que l'Assemblée générale ait ainsi entendu lier ou gêner la Cour dans l'exercice de ses fonctions judiciaires; la Cour doit avoir la pleine liberté d'examiner tous les éléments pertinents dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif.» (*Ibid.*, p. 157.)

La Cour ajoutait

«qu'on lui a demandé de répondre à une question précise qui a trait à certaines dépenses déterminées qui ont été effectivement faites, mais la Cour n'exercerait pas de façon adéquate l'obligation qui lui incombe si elle n'examinait pas en détail les différents problèmes soulevés par la question que l'Assemblée générale lui a posée» (*ibid.*, p. 158).

humanity, including the slave trade and genocide. The Court did not rule on universal jurisdiction, because it was not indispensable to do so to reach its conclusion, nor was such submission before it. This, to some extent, provides the explanation for the position taken by the Court.

10. With regard to the Court's findings on remedies, the Court's ruling that Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant and so inform the authorities to whom that warrant was circulated is a legal and an appropriate response in the context of the present case. For, in the first place, it was the issue and circulation of the arrest warrant that triggered and constituted the violation not only of the Foreign Minister's immunity but also of the obligation owed by the Kingdom to the Republic. The instruction to Belgium to cancel the warrant should cure both violations, while at the same time repairing the moral injury suffered by the Congo and restoring the situation to the *status quo ante* before the warrant was issued and circulated (*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47).

11. In the light of the foregoing, any attempt to qualify the Judgment as formalistic, or to assert that the Court avoided the real issue of the commission of heinous crimes is without foundation. The Court cannot take, and in the present case has not taken, a neutral position on the issue of heinous crimes. Rather, the Court's ruling should be seen as responding to the question asked of it. The ruling ensures that legal concepts are consistent with international law and legal tenets, and accord with legal truth.

(Signed) Abdul G. KOROMA.

crimes contre l'humanité, notamment la traite des esclaves et le génocide. La Cour ne s'est pas prononcée sur la compétence universelle parce qu'il ne lui était pas indispensable de le faire pour parvenir à sa conclusion, et qu'il ne lui était pas non plus demandé de le faire. Cela explique dans une certaine mesure la position prise par la Cour.

'0. En ce qui concerne les conclusions de la Cour sur les remèdes, sa décision selon laquelle la Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé est une réponse juridique appropriée dans le contexte de la présente affaire. Car, en premier lieu, c'est l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt qui ont déclenché et constitué la violation non seulement de l'immunité du ministre des affaires étrangères mais aussi de l'obligation due à la République démocratique du Congo par le Royaume de Belgique. L'injonction faite à la Belgique d'annuler le mandat devrait remédier aux deux violations, tout en réparant le préjudice moral subi par le Congo et en rétablissant la situation qui existait avant que ce mandat ne soit émis et diffusé (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47).

11. Compte tenu de ce qui précède, il ne serait pas légitime de qualifier le jugement de formaliste, ou d'affirmer que la Cour a éludé la véritable question, celle de la commission de crimes odieux. La Cour ne peut prendre et, en l'espèce, n'a pas pris une position neutre sur le problème des crimes odieux. Sa décision doit plutôt être considérée comme une réponse à la question qui lui était posée. Cette décision garantit que les concepts juridiques sont conformes au droit international et aux doctrines juridiques, et en accord avec la vérité juridique.

(*Signé*) Abdul G. KOROMA.

criteria enunciated by the Court in the case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion* (*I.C.J. Reports 1996*, p. 226, para. 70).

20. Our analysis may begin with national legislation, to see if it evidences a State practice. Save for the Belgian legislation of 10 February 1999, national legislation, whether in fulfilment of international treaty obligations to make certain international crimes offences also in national law, or otherwise, does not suggest a universal jurisdiction over these offences. Various examples typify the more qualified practice. The Australian War Crimes Act of 1945, as amended in 1988, provides for the prosecution in Australia of crimes committed between 1 September 1939 and 8 May 1945 by persons who were Australian citizens or residents at the times of being charged with the offences (Arts. 9 and 11). The United Kingdom War Crimes Act of 1991 enables proceedings to be brought for murder, manslaughter or culpable homicide, committed between 1 September 1935 and 5 June 1945, in a place that was part of Germany or under German occupation, and in circumstances where the accused was at the time, or has become, a British citizen or resident of the United Kingdom. The statutory jurisdiction provided for by France, Germany and (in even broader terms) the Netherlands, refer for their jurisdictional basis to the jurisdictional provisions in those international treaties to which the legislation was intended to give effect. It should be noted, however, that the German Government on 16 January 2002 has submitted a legislative proposal to the German Parliament, section 1 of which provides:

> "This Code governs all the punishable acts listed herein violating public international law, [and] in the case of felonies listed herein [this Code governs] even if the act was committed abroad and does not show any link to [Germany]."

The Criminal Code of Canada 1985 allows the execution of jurisdiction when at the time of the act or omission the accused was a Canadian citizen or "employed by Canada in a civilian or military capacity"; or the "victim is a Canadian citizen or a citizen of a State that is allied with Canada in an armed conflict", or when "at the time of the act or omission Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person on the basis of the person's presence in Canada" (Art. 7).

21. All of these illustrate the trend to provide for the trial and punishment under international law of certain crimes that have been committed extraterritorially. But none of them, nor the many others that have been studied by the Court, represent a classical assertion of a universal jurisdiction over particular offences committed elsewhere by persons having no relationship or connection with the forum State.

22. The case law under these provisions has largely been cautious so

par les résolutions de l'Assemblée générale qui répondent aux critères énoncés par la Cour dans l'affaire concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif* (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, par. 70).

20. Notre analyse peut commencer par la législation nationale, pour déterminer si elle atteste l'existence d'une pratique des Etats. A l'exception de la législation belge du 10 février 1999, la législation nationale, qu'elle découle d'obligations conventionnelles internationales obligeant à ériger certains crimes internationaux en infractions également en droit interne, n'indique pas l'existence d'une compétence universelle en ce qui concerne ces infractions. Divers exemples révèlent une pratique plus limitée. La loi australienne sur les crimes de guerre de 1945, telle qu'amendée en 1988, prévoit la répression en Australie de crimes commis entre le 1er septembre 1939 et le 8 mai 1945 par des personnes qui étaient des nationaux ou des résidents de l'Australie au moment où ils ont été accusés des infractions (art. 9 et 11). La loi du Royaume-Uni sur les crimes de guerre de 1991 autorise l'engagement de poursuites pour meurtre, homicide ou homicide par négligence commis entre le 1er septembre 1935 et le 5 juin 1945 en un lieu qui faisait partie de l'Allemagne ou était sous occupation allemande, et lorsque l'accusé était à l'époque, ou est devenu, un ressortissant ou un résident du Royaume-Uni. En France, en Allemagne et (en termes même plus larges) aux Pays-Bas, la législation renvoie pour fonder la compétence aux dispositions juridictionnelles figurant dans les traités internationaux auxquels elle vise à donner effet. Il convient de noter toutefois que le 16 janvier 2002 le Gouvernement allemand a présenté au Parlement allemand un projet de loi dont l'article premier dispose :

> « Le présent Code vise tous les actes punissables qui y sont énumérés qui violent le droit international public, [et] dans le cas des crimes qui sont visés, [le présent Code s'applique] même si l'acte a été commis à l'étranger et n'a aucun lien avec [l'Allemagne]. »

Le code criminel du Canada (1985) autorise l'exercice de la compétence lorsque, au moment de l'acte ou de l'omission, l'accusé était un citoyen canadien ou était « employé par le Canada à titre civil ou militaire », ou si la « victime est un citoyen canadien ou un citoyen d'un Etat qui est allié au Canada dans un conflit armé », ou si « au moment de l'acte ou de l'omission le Canada pouvait, conformément au droit international, exercer sa compétence à l'égard de la personne en raison de la présence de celle-ci au Canada » (art. 7).

21. Tout ce qui précède illustre la tendance en droit international à juger et punir certains crimes qui ont été commis extraterritorialement. Mais aucune de ces lois, ni aucune des nombreuses autres qu'a étudiées la Cour, ne représente une affirmation classique de la compétence universelle en ce qui concerne certains crimes commis ailleurs par des personnes n'ayant aucune relation ni aucun lien avec l'Etat du for.

22. La jurisprudence relative à ces dispositions a été en grande partie

diction Principle: Nature and Scope", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 1, p. 58 (2001).) This is doubtful.

27. Article VI of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, provides:

> "Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in Article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction."

This is an obligation to assert territorial jurisdiction, though the *travaux préparatoires* do reveal an understanding that this obligation was not intended to affect the right of a State to exercise criminal jurisdiction on its own nationals for acts committed outside the State (A/C.6/SR.134, p. 5). Article VI also provides a potential grant of non-territorial competence to a possible future international tribunal — even this not being automatic under the Genocide Convention but being restricted to those Contracting Parties which would accept its jurisdiction. In recent years it has been suggested in the literature that Article VI does not prevent a State from exercising universal jurisdiction in a genocide case. (And see, more generally, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §404.)

28. Article 49 of the First Geneva Convention, Article 50 of the Second Geneva Convention, Article 129 of the Third Geneva Convention and Article 146 of the Fourth Geneva Convention, all of 12 August 1949, provide:

> "Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, . . . grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a *prima facie* case."

29. Article 85, paragraph 1, of the First Additional Protocol to the 1949 Geneva Convention incorporates this provision by reference.

30. The stated purpose of the provision was that the offences would not be left unpunished (the extradition provisions playing their role in this objective). It may immediately be noted that this is an early form of the *aut dedere aut prosequi* to be seen in later conventions. But the obligation to prosecute is primary, making it even stronger.

31. No territorial or nationality linkage is envisaged, suggesting a true

Luis Benavides, «The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, p. 58 (2001)). Cela est douteux.

27. L'article VI de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (9 décembre 1948) dispose :

> «Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction.»

Il s'agit là d'une obligation d'exercer la compétence territoriale, bien que les travaux préparatoires révèlent effectivement qu'il était entendu que cette obligation n'était pas censée affecter le droit d'un Etat d'exercer sa compétence pénale vis-à-vis de ses propres nationaux pour des actes commis à l'étranger (A/C.6/SR.134, p. 5). L'article VI prévoit aussi la possibilité qu'une compétence non territoriale soit attribuée à un futur tribunal international — même si aux termes de la convention sur le génocide cela n'est pas automatique mais limité aux parties contractantes qui en reconnaîtraient la compétence. Ces dernières années, des auteurs ont déclaré que l'article VI n'empêchait pas un Etat d'exercer la compétence universelle dans une affaire de génocide. (Et voir, plus généralement, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), par. 404.)

28. L'article 49 de la première convention de Genève, l'article 50 de la deuxième convention de Genève, l'article 129 de la troisième convention de Genève et l'article 146 de la quatrième convention de Genève, toutes quatre en date du 12 août 1949, disposent :

> «Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, ... ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.»

29. L'article 85, paragraphe 1, du premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 reprend cette disposition par renvoi.

30. L'objectif déclaré de cette disposition est que les infractions ne demeurent pas impunies (les dispositions relatives à l'extradition jouant leur rôle dans la réalisation de cet objectif). On peut noter immédiatement qu'il s'agit d'une des premières formes de la règle *aut dedere aut prosequi* que l'on retrouve dans des conventions postérieures. Mais l'obligation de poursuivre est la première, ce qui la rend encore plus forte.

31. Aucun lien territorial ou de nationalité n'est envisagé, ce qui sug-

16. For all the reasons expounded above, the Court should have "found it appropriate" to deal with the question of whether the issue and international circulation of a warrant based on universal jurisdiction in the absence of Mr. Yerodia's presence on Belgian territory was unlawful. This should have been done before making a finding on immunity from jurisdiction, and the Court should indeed have "examined in some detail various problems raised" by the request as formulated by the Congo in its final submissions.

17. In agreeing to pronounce upon the question of immunity without addressing the question of a jurisdiction from which there could be immunity, the Court has allowed itself to be manœuvred into answering a hypothetical question. During the course of the oral pleadings Belgium drew attention to the fact that Mr. Yerodia had ceased to hold any ministerial office in the Government of the Democratic Republic of the Congo. In Belgium's view, this meant that the Court should declare the request to pronounce upon immunity to be inadmissible. In Belgium's view the case had become one "about legal principle and the speculative consequences for the immunities of Foreign Ministers from the possible action of a Belgian judge" (CR 2001/8, p. 26, para. 43). The dispute was "a difference of opinion of an abstract nature" (CR 2001/8, p. 36, para. 71). The Court should not "enter into a debate which it may well come to see as essentially an academic exercise" (CR 2001/9, p. 7, para. 4 *[translation by the Registry]*).

18. In its Judgment the Court rightly rejects those contentions (see Judgment, paras. 30-32). But nothing is more academic, or abstract, or speculative, than pronouncing on an immunity from a jurisdiction that may, or may not, exist. It is regrettable that the Court has not followed the logic of its own findings in the *Certain Expenses* case, and in this Judgment addressed in the necessary depth the question of whether the Belgian authorities could legitimately have invoked universal jurisdiction in issuing and circulating the arrest warrant for the charges contained therein, and for a person outside the territorial jurisdiction at the moment of the issue of the warrant. Only if the answer to these is in the affirmative does the question arise: "Nevertheless, was Mr. Yerodia immune from such exercise of jurisdiction, and by reference to what moment of time is that question to be answered?"

* * *

19. We therefore turn to the question whether States are entitled to exercise jurisdiction over persons having no connection with the forum State when the accused is not present in the State's territory. The necessary point of departure must be the sources of international law identified in Article 38, paragraph 1 *(c)*, of the Statute of the Court, together with obligations imposed upon all United Nations Members by Security Council resolutions, or by such General Assembly resolutions as meet the

16. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, la Cour aurait dû «croire opportun» de se demander si l'émission et la diffusion internationale d'un mandat reposant sur la compétence universelle alors que M. Yerodia n'était pas présent sur le territoire belge étaient illicites. Elle aurait dû le faire avant de tirer une conclusion sur l'immunité de juridiction, et elle aurait, de fait, dû «examiner en détail les différents problèmes soulevés» par la demande qui était formulée par le Congo dans ses conclusions finales.

17. En acceptant de se prononcer sur la question de l'immunité sans aborder la question d'une juridiction de laquelle il pouvait y avoir immunité, la Cour s'est laissé manœuvrer et amener à répondre à une question théorique. Dans ses plaidoiries, la Belgique a appelé l'attention sur le fait que M. Yerodia n'occupait plus aucun poste ministériel dans le Gouvernement de la République démocratique du Congo. Pour la Belgique, cela signifiait que la Cour devait déclarer irrecevable la demande tendant à ce qu'elle se prononce sur l'immunité. Selon elle, l'affaire était devenue une affaire concernant «un principe de droit et une affaire relative aux conséquences que l'action éventuelle d'un juge belge pourrait théoriquement avoir pour l'immunité des ministres des affaires étrangères» (CR 2001/8, p. 26, par. 43). Le différend était «une divergence [d'opinions] d'ordre théorique» (CR 2001/8, p. 36, par. 71). La Cour ne devait pas «entrer dans un débat qui risque fort de lui apparaître comme essentiellement académique» (CR 2001/9, p. 7, par. 4).

18. Dans son arrêt, la Cour rejette à juste titre ces arguments (voir arrêt, par. 30-32). Mais rien n'est plus académique, abstrait, ou théorique, que de se prononcer sur l'immunité d'une juridiction qui peut-être existe ou peut-être n'existe pas. Il est regrettable que la Cour n'ait pas suivi la logique de ses propres conclusions dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies*, et abordé dans le présent arrêt, de manière suffisamment approfondie, la question de savoir si les autorités belges pouvaient légitimement invoquer la compétence universelle pour émettre et diffuser le mandat d'arrêt pour les accusations formulées dans celui-ci, et à l'encontre d'une personne se trouvant hors de leur juridiction territoriale au moment où le mandat a été émis. Ce n'est que si la réponse à ces questions est affirmative que se pose la question suivante : «Néanmoins, M. Yerodia était-il exempt de l'exercice de cette compétence, et en se plaçant à quel moment faut-il répondre à cette question ?»

* * *

19. Nous examinerons donc la question de savoir si les Etats sont habilités à exercer leur compétence à l'égard de personnes n'ayant aucun lien avec l'Etat du for lorsque l'accusé n'est pas présent sur le territoire de cet Etat. Le point de départ nécessaire doit être les sources du droit international recensées à l'article 38, paragraphe 1 *c)*, du Statut de la Cour, ainsi que les obligations mises à la charge de tous les membres de l'Organisation des Nations Unies par les résolutions du Conseil de sécurité, et

far as reliance on universal jurisdiction is concerned. In the *Pinochet* case in the English courts, the jurisdictional basis was clearly treaty based, with the double criminality rule required for extradition being met by English legislation in September 1988, after which date torture committed abroad was a crime in the United Kingdom as it already was in Spain. In Australia the Federal Court referred to a group of crimes over which international law granted universal jurisdiction, even though national enabling legislation would also be needed (*Nulyarimma*, 1999: genocide). The High Court confirmed the authority of the legislature to confer jurisdiction on the courts to exercise a universal jurisdiction over war crimes (*Polyukhovich*, 1991). In Austria (whose Penal Code emphasizes the double-criminality requirement), the Supreme Court found that it had jurisdiction over persons charged with genocide, given that there was not a functioning legal system in the State where the crimes had been committed nor a functioning international criminal tribunal at that point in time (*Cvjetkovic*, 1994). In France it has been held by a juge d'instruction that the Genocide Convention does not provide for universal jurisdiction (*in re Javor*, reversed in the Cour d'Appel on other grounds. The Cour de Cassation ruling equally does not suggest universal jurisdiction). The *Munyeshyaka* finding by the Cour d'Appel (1998) relies for a finding — at first sight inconsistent — upon cross-reference into the Statute of the International Tribunal for Rwanda as the jurisdictional basis. In the *Qaddafi* case the Cour d'Appel relied on passive personality and not on universal jurisdiction (in the Cour de Cassation it was immunity that assumed central importance).

23. In the *Bouterse* case the Amsterdam Court of Appeal concluded that torture was a crime against humanity, and as such an "extraterritorial jurisdiction" could be exercised over a non-national. However, in the Hoge Raad, the Dutch Supreme Court attached conditions to this exercise of extraterritorial jurisdiction (nationality, or presence within the Netherlands at the moment of arrest) on the basis of national legislation.

24. By contrast, a universal jurisdiction has been asserted by the Bavarian Higher Regional Court in respect of a prosecution for genocide (the accused in this case being arrested in Germany). And the case law of the United States has been somewhat more ready to invoke "universal jurisdiction", though considerations of passive personality have also been of key importance (*Yunis*, 1988; *Bin Laden*, 2000).

25. An even more ambiguous answer is to be derived from a study of the provisions of certain important treaties of the last 30 years, and the obligations imposed by the parties themselves.

26. In some of the literature on the subject it is asserted that the great international treaties on crimes and offences evidence universality as a ground for the exercise of jurisdiction recognized in international law. (See the interesting recent article of Luis Benavides, "The Universal Juris-

prudente s'agissant de faire fond sur la compétence universelle. Dans l'affaire *Pinochet* dont ont connu les tribunaux anglais, il est clair que la compétence avait un fondement conventionnel, la condition de double incrimination exigée pour l'extradition étant remplie par la législation anglaise en septembre 1988, date après laquelle les actes de torture commis à l'étranger constituaient un crime au Royaume-Uni comme déjà en Espagne. En Australie, la Cour fédérale a mentionné un groupe d'infractions pour lesquelles le droit international accordait compétence universelle, même si une législation nationale d'application était aussi nécessaire (*Nulyarimma*, 1999 : génocide). La Haute Cour a confirmé que le législateur avait le pouvoir d'autoriser les tribunaux à exercer une compétence universelle pour les crimes de guerre (*Polyukhovich*, 1991). En Autriche (dont le code pénal insiste sur la condition de double incrimination), la Cour suprême a jugé qu'elle était compétente pour juger des personnes accusées de génocide, au motif qu'il n'y avait pas de système judiciaire opérationnel dans l'Etat où les crimes avaient été commis ni de tribunal pénal international opérationnel à ce moment (*Cvjetkovic*, 1994). En France, un juge d'instruction a estimé que la convention sur le génocide ne prévoyait pas la compétence universelle (*in re Javor*, décision infirmée pour d'autres motifs devant la cour d'appel. La décision de la Cour de cassation n'implique pas non plus la compétence universelle.) Dans l'affaire *Munyeshyaka* (1998), la cour d'appel s'appuie pour parvenir à une conclusion — à première vue incohérente — sur un renvoi au statut du Tribunal international pour le Rwanda pour fonder sa compétence. Dans l'affaire *Khadafi*, la cour d'appel a fait fond sur la personnalité passive et non sur la compétence universelle (devant la Cour de cassation, c'est l'immunité qui avait revêtu une importance centrale).

23. Dans l'affaire *Bouterse*, la cour d'appel d'Amsterdam a conclu que la torture était un crime contre l'humanité et que de ce fait une «compétence extraterritoriale» pouvait être exercée à l'égard d'un non-national. Toutefois, le Hoge Raad, la Cour suprême néerlandaise, a subordonné cet exercice de la compétence extraterritoriale à des conditions (nationalité, ou présence aux Pays-Bas au moment de l'arrestation) sur la base de la législation nationale.

24. Par contraste, la Haute Cour régionale bavaroise a retenu une compétence universelle dans le cas de poursuites pour génocide (l'accusé avait en l'espèce été arrêté en Allemagne). La jurisprudence des Etats-Unis a été quelque peu plus encline à invoquer la «compétence universelle», bien que des considérations touchant la personnalité passive aient aussi joué un rôle clef (*Yunis*, 1988; *Bin Laden*, 2000).

25. Une réponse encore plus ambiguë résulte d'une étude des dispositions de certains traités importants des trente dernières années, et des obligations imposées par les parties elles-mêmes.

26. Certains auteurs ayant traité le sujet affirment que les grands traités internationaux sur les crimes et autres infractions attestent que l'universalité est un fondement de l'exercice de la compétence reconnu en droit international (voir l'intéressant article publié récemment par

universality principle (see also Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, 2000, pp. 354-356). But a different interpretation is given in the authoritative Pictet Commentary: *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 1952, which contends that this obligation was understood as being an obligation upon States parties to search for offenders who may be on their territory. Is it a true example of universality, if the obligation to search is restricted to the own territory? Does the obligation to search imply a permission to prosecute *in absentia*, if the search had no result?

32. As no case has touched upon this point, the jurisdictional matter remains to be judicially tested. In fact, there has been a remarkably modest corpus of national case law emanating from the jurisdictional possibilities provided in the Geneva Conventions or in Additional Protocol I.

33. The Single Convention on Narcotics and Drugs, 1961, provides in Article 36, paragraph 2, that:

> "*(a)* (iv) Serious offences heretofore referred to committed either by nationals or by foreigners shall be prosecuted by the Party in whose territory the offence was committed, or by the Party in whose territory the offender is found if extradition is not acceptable in conformity with the law of the Party to which application is made, and if such offender has not already been prosecuted and judgment given."

34. Diverse views were expressed as to whether the State where the offence was committed should have first right to prosecute the offender (E/CN.7/AC.3/9, 11 September 1958, p. 17, fn. 43; cf. E/CN.7/AC.3/9 and Add.1, E/CONF.34/1/Add.1, 6 January 1961, p. 32). Nevertheless, the principle of "primary universal repression" found its way into the text, notwithstanding the strong objections of States such as the United States, New Zealand and India that their national laws only envisaged the prosecution of persons for offences occurring within their national borders. (The development of the concept of "impact jurisdiction" or "effects jurisdiction" has in more recent years allowed continued reliance on territoriality while stretching far the jurisdictional arm.) The compromise reached was to make the provisions of Article 36, paragraph 2 (iv), "subject to the constitutional limitations of a Party, its legal system and domestic law". But the possibility of a universal jurisdiction was not denounced as contrary to international law.

35. The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 16 December 1970, making preambular reference to the "urgent need" to make such acts "punishable as an offence and to provide for appropriate measures with respect to prosecution and extradition of

gère l'existence d'un véritable principe d'universalité (voir également Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, 2000, p. 354-356). Mais le commentaire Pictet, qui fait autorité, donne une interprétation différente : *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 1952, qui affirme que cette obligation était comprise comme une obligation à la charge des Etats parties de rechercher les auteurs d'infractions pouvant se trouver sur leur territoire. Est-ce un véritable exemple d'universalité, si l'obligation de recherche se limite au propre territoire de l'Etat ? Cette obligation de recherche implique-t-elle une autorisation de poursuivre par défaut, si les recherches sont infructueuses ?

32. Comme ce point n'a été abordé dans aucune affaire, la question de la compétence n'a pas été tranchée judiciairement. En fait, la jurisprudence des tribunaux internes découlant des possibilités juridictionnelles offertes par les conventions de Genève ou le protocole additionnel I est remarquablement modeste.

33. La convention unique sur les stupéfiants de 1961 dispose, au paragraphe 2 de son article 36 :

> «*a)* iv) Les infractions graves précitées, qu'elles soient commises par des nationaux ou des étrangers, seront poursuivies par la partie sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise, ou par la partie sur le territoire de laquelle le délinquant se trouvera si son extradition n'est pas acceptable conformément à la législation de la partie à laquelle la demande est adressée, et si ledit délinquant n'a pas été déjà poursuivi et jugé.»

34. Des opinions diverses ont été exprimées sur le point de savoir si l'Etat où l'infraction a été commise devait avoir le premier le droit de poursuivre le délinquant (E/CN.7/AC.3/9, 11 septembre 1958, p. 17, note 43 ; cf. E/CN.7/AC.3/9 et Add.1, E/CONF.34/1/Add.1, 6 janvier 1961, p. 32). Néanmoins, le principe de la «répression universelle primaire» a été consacré dans le texte, nonobstant les objections vigoureuses d'Etats comme les Etats-Unis, la Nouvelle-Zélande et l'Inde dont les lois nationales ne prévoyaient des poursuites que pour les infractions commises à l'intérieur de leurs frontières nationales. (Le développement de la notion de «compétence d'impact» ou «compétence d'effets» a plus récemment permis de continuer de faire fond sur la territorialité tout en étendant considérablement la compétence.) Le compromis réalisé consistait à entendre les dispositions de l'alinéa iv) du paragraphe 2 de l'article 36 «sous réserve des limitations constitutionnelles d'une partie, de son système juridique et de son droit interne». Mais la possibilité d'une compétence universelle n'a pas été dénoncée comme contraire au droit international.

35. La convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, en date du 7 décembre 1970, dispose dans son préambule qu'il est «urgent de réprimer ces actes en tant qu'infractions et de prévoir des mesures appropriées en vue d'en poursuivre et d'en extrader les auteurs»,

offenders", provided in Article 4 (1) for an obligation to take such measures as may be necessary to establish jurisdiction over these offences and other acts of violence against passengers or crew:

> "*(a)* when the offence is committed on board an aircraft registered in that State;
> *(b)* when the aircraft on board which the offence is committed lands in its territory with the alleged offender still on board;
> *(c)* when the offence is committed on board an aircraft leased without crew to a lessee who has his principal place of business or, if the lessee has no such place of business, his permanent residence, in that State".

Article 4 (2) provided for a comparable obligation to establish jurisdiction where the alleged offender was present in the territory and if he was not extradited pursuant to Article 8 by the territory. Thus here too was a treaty provision for *aut dedere aut prosequi*, of which the limb was in turn based on the principle of "primary universal repression". The jurisdictional bases provided for in Article 4 (1) *(b)* and 4 (2), requiring no territorial connection beyond the landing of the aircraft or the presence of the accused, were adopted only after prolonged discussion. The *travaux préparatoires* show States for whom mere presence was an insufficient ground for jurisdiction beginning reluctantly to support this particular type of formula *because of the gravity of the offence*. Thus the representative of the United Kingdom stated that his country "would see great difficulty in assuming jurisdiction merely on the ground that an aircraft carrying a hijacker had landed in United Kingdom territory". Further,

> "normally his country did not accept the principle that the mere presence of an alleged offender within the jurisdiction of a State entitled that State to try him. In view, however, of the gravity of the offence . . . he was prepared to support . . . [the proposal on mandatory jurisdiction on the part of the State where a hijacker is found]." (Hague Conference, p. 75, para. 18.)

36. It is also to be noted that Article 4, paragraphs 1 and 2, provides for the mandatory exercise of jurisdiction in the absence of extradition; but does not preclude criminal jurisdiction exercised on alternative grounds of jurisdiction in accordance with national law (though those possibilities are not made compulsory under the Convention).

37. Comparable jurisdictional provisions are to be found in Articles 5 and 8 of the International Convention against the Taking of Hostages of 17 December 1979. The obligation enunciated in Article 8 whereby a State party shall "without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory" submit the case for prosecution if

et prévoit au paragraphe 1 de son article 4 l'obligation pour les Etats contractants de prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence aux fins de connaître de ces infractions ainsi que de tout autre acte de violence dirigé contre les passagers ou l'équipage :

> «*a)* si [l'infraction] est commise à bord d'un aéronef immatriculé dans cet Etat;
> *b)* si l'aéronef à bord duquel l'infraction est commise atterrit sur son territoire avec l'auteur présumé de l'infraction se trouvant encore à bord;
> *c)* si l'infraction est commise à bord d'un aéronef donné en location sans équipage à une personne qui a le siège principal de son exploitation ou, à défaut, sa résidence permanente dans ledit Etat».

Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit une obligation comparable pour chaque Etat contractant d'établir sa compétence dans le cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8. Ainsi, nous avons ici aussi une formulation conventionnelle de la règle *aut dedere aut prosequi*, dont le contenu reposait sur le principe de la «répression universelle». Les chefs de compétence prévus aux articles 4 1) *b)* et 4 2), ne nécessitant aucun lien territorial si ce n'est l'atterrissage de l'aéronef ou la présence de l'accusé, n'ont été adoptés qu'après de longs débats. Les travaux préparatoires montrent que des Etats pour lesquels la simple présence était un chef de compétence insuffisant ont commencé à appuyer avec réticence ce type particulier de formule *en raison de la gravité de l'infraction*. Ainsi, le représentant du Royaume-Uni a déclaré que son pays «aurait beaucoup de difficulté à établir sa compétence au seul motif qu'un aéronef transportant l'auteur d'un détournement avait atterri sur le territoire du Royaume-Uni». De plus,

> «en règle générale, son pays n'accepte pas le principe selon lequel la simple présence de l'auteur présumé d'une infraction sur le territoire d'un Etat autorise celui-ci à le juger. Toutefois, devant la gravité de l'infraction ... il [était] disposé à appuyer ... [la proposition sur la compétence obligatoire de l'Etat où l'auteur d'un détournement se trouve].» (Conférence de La Haye, p. 75, par. 18.)

36. Il convient aussi de noter que l'article 4, paragraphes 1 et 2, prévoit l'exercice obligatoire de la compétence en l'absence d'extradition mais n'exclut pas l'exercice de la compétence pénale en vertu d'autres chefs de compétence conformément à la législation nationale (bien que l'exercice de cette faculté ne soit pas obligatoire aux termes de la convention).

37. On trouve des dispositions juridictionnelles comparables aux articles 5 et 8 de la convention internationale contre la prise d'otages du 17 décembre 1979. L'obligation énoncée à l'article 8, aux termes duquel tout Etat partie soumet une affaire, «sans aucune exception, et que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire» à ses autorités

it does not extradite the alleged offender, was again regarded as necessary by the majority, given the nature of the crimes (Summary Record, *Ad Hoc* Committee on the Drafting of an International Convention against the Taking of Hostages (A/AC.188/SR.5, 7, 8, 11, 14, 15, 16, 17, 23, 24 and 35)). The United Kingdom cautioned against moving to universal criminal jurisdiction (*ibid.*, A/AC.188/SR.24, para. 27) while others (Poland, A/AC.188/SR.23, para. 18; Mexico, A/AC.188/SR.16, para. 11) felt the introduction of the principle of universal jurisdiction to be essential. The USSR observed that no State could exercise jurisdiction over crimes committed in another State by nationals of that State without contravening Article 2, paragraph 7, of the Charter. The Convention provisions were in its view to apply only to hostage taking that was a manifestation of international terrorism — another example of initial and understandable positions on jurisdiction being modified in the face of the exceptional gravity of the offence.

38. The Convention against Torture, of 10 December 1984, establishes in Article 5 an obligation to establish jurisdiction

> "*(a)* When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;
>
> *(b)* When the alleged offender is a national of that State;
>
> *(c)* When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate."

If the person alleged to have committed the offence is found in the territory of a State party and is not extradited, submission of the case to the prosecuting authorities shall follow (Art. 7). Other grounds of criminal jurisdiction exercised in accordance with the relevant national law are not excluded (Art. 5, para. 3), making clear that Article 5, paragraphs 1 and 2, must not be interpreted *a contrario*. (See J. H. Burgers and H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, 1988, p. 133.)

39. The passage of time changes perceptions. The jurisdictional ground that in 1961 had been referred to as the principle of "primary universal repression" came now to be widely referred to by delegates as "universal jurisdiction" — moreover, a universal jurisdiction thought appropriate, since torture, like piracy, could be considered an "offence against the law of nations" (United States: E/CN.4/1367, 1980). Australia, France, the Netherlands and the United Kingdom eventually dropped their objection that "universal jurisdiction" over torture would create problems under their domestic legal systems. (See E/CN.4/1984/72.)

40. This short historical survey may be summarized as follows.

41. The parties to these treaties agreed both to grounds of jurisdiction

compétentes pour l'exercice de l'action pénale s'il n'extrade pas l'auteur présumé de l'infraction, a encore été considérée comme nécessaire par la majorité, étant donné la nature des infractions (compte rendu analytique, comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale contre la prise d'otages (A/AC.188/SR.5, 7, 8, 11, 14, 15, 16, 17, 23, 24 et 35)). Le Royaume-Uni a formulé une mise en garde contre l'adoption de la compétence pénale universelle (*ibid.*, A/AC.188/SR.24, par. 27) tandis que d'autres (la Pologne, A/AC.188/SR.23, par. 18; le Mexique, A/AC.188/SR.16, par. 11) estimaient que l'introduction du principe de la compétence universelle était essentielle. L'URSS a fait observer qu'aucun Etat ne pouvait exercer sa compétence en ce qui concerne des crimes commis dans un autre Etat par des nationaux de cet Etat sans contrevenir à l'article 2, paragraphe 7, de la Charte. Les dispositions de la convention devaient pour elle s'appliquer uniquement aux prises d'otages qui étaient une manifestation du terrorisme international — un autre exemple d'une position initiale compréhensible sur la compétence modifiée face à la gravité exceptionnelle de l'infraction.

38. La convention contre la torture du 10 décembre 1984 énonce en son article 5 une obligation d'établir sa compétence

> «*a)* quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit Etat ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet Etat;
>
> *b)* quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat;
>
> *c)* quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié».

Si l'auteur allégué de l'infraction est trouvé sur le territoire d'un Etat partie et n'est pas extradé, l'affaire doit être soumise aux autorités chargées des poursuites (art. 7). Les autres chefs de compétence pénale exercés conformément aux lois nationales ne sont pas exclus (art. 5, par. 3), ce qui indique que les paragraphes 1 et 2 de l'article 5 ne doivent pas être interprétés *a contrario*. (Voir J. H. Burgers et H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, 1988, p. 133.)

39. Le passage du temps modifie les perceptions. Le chef de compétence qui en 1961 était appelé le principe de la «répression universelle» en est venu à être couramment désigné par les représentants des Etats comme la «compétence universelle» — de plus, une compétence universelle considérée comme appropriée, puisque la torture, comme la piraterie, pouvait être considérée comme une «infraction au droit des gens» (Etats-Unis: E/CN.4/1367, 1980). L'Australie, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont finalement abandonné leur objection selon laquelle la «compétence universelle» à l'égard de la torture leur créerait des problèmes compte tenu de leurs systèmes juridiques internes. (Voir E/CN.4/1984/72.)

40. Ce bref tour d'horizon historique peut être résumé comme suit.

41. Les parties à ces traités se sont mises d'accord tant sur les chefs de

the legislation of various countries (the United States, Ch. 113A, 1986 Omnibus Diplomatic and Antiterrorism Act; France, Art. 689, Code of Criminal Procedure, 1975), and today meets with relatively little opposition, at least so far as a particular category of offences is concerned.

48. In civil matters we already see the beginnings of a very broad form of extraterritorial jurisdiction. Under the Alien Tort Claims Act, the United States, basing itself on a law of 1789, has asserted a jurisdiction both over human rights violations and over major violations of international law, perpetrated by non-nationals overseas. Such jurisdiction, with the possibility of ordering payment of damages, has been exercised with respect to torture committed in a variety of countries (Paraguay, Chile, Argentina, Guatemala), and with respect to other major human rights violations in yet other countries. While this unilateral exercise of the function of guardian of international values has been much commented on, it has not attracted the approbation of States generally.

49. Belgium — and also many writers on this subject — find support for the exercise of a universal criminal jurisdiction *in absentia* in the *"Lotus"* case. Although the case was clearly decided on the basis of jurisdiction over damage to a vessel of the Turkish navy and to Turkish nationals, it is the famous dictum of the Permanent Court which has attracted particular attention. The Court stated that:

> "[T]he first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that — failing the existence of a permissive rule to the contrary — it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or convention.
>
> It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only

comme controversée, est maintenant non seulement consacrée dans la législation de divers pays (les Etats-Unis, chap. 113A, 1986 *Omnibus Diplomatic and Antiterrorism Act*; la France, art. 689, Code de procédure pénale, 1975), mais ne rencontre aujourd'hui guère d'opposition, à tout le moins en ce qui concerne une catégorie particulière d'infractions.

48. En matière civile, nous assistons déjà à l'apparition d'une forme très large de compétence extraterritoriale. En vertu de leur loi sur les dommages causés aux étrangers (*Alien Tort Claims Act*), les Etats-Unis, se fondant sur une loi de 1789, ont établi leur compétence en ce qui concerne tant les violations des droits de l'homme que les violations majeures du droit international, commises par des non-nationaux à l'étranger. Cette compétence, avec la faculté d'ordonner le paiement de dommages-intérêts, a été exercée à l'égard d'actes de torture commis dans divers pays (Paraguay, Chili, Argentine, Guatemala) et d'autres violations majeures des droits de l'homme commises dans d'autres pays encore. Si cet exercice unilatéral de la fonction de gardien des valeurs internationales a été très commenté, il n'a pas d'une manière générale suscité l'approbation des Etats.

49. La Belgique — et aussi de nombreux auteurs qui ont écrit sur ce sujet — trouve dans l'affaire du *Lotus* une justification pour l'exercice d'une compétence pénale universelle par défaut. Bien qu'il soit clair que l'affaire a été tranchée sur le fondement de la compétence pour des dommages causés à un navire de la flotte turque et à des nationaux turcs, c'est la célèbre observation incidente de la Cour permanente qui a particulièrement retenu l'attention. La Cour a déclaré :

> «Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.
>
> Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles

and as to the obligation to take the measures necessary to establish such jurisdiction. The specified grounds relied on links of nationality of the offender, or the ship or aircraft concerned, or of the victim. See, for example, Article 4 (1), Hague Convention; Article 3 (1), Tokyo Convention; Article 5, Hostages Convention; Article 5, Torture Convention. These may properly be described as treaty-based broad extraterritorial jurisdiction. But in addition to these were the parallel provisions whereby a State party in whose jurisdiction the alleged perpetrator of such offences is found shall prosecute him or extradite him. By the loose use of language the latter has come to be referred to as "universal jurisdiction", though this is really an obligatory territorial jurisdiction over persons, albeit in relation to acts committed elsewhere.

* * *

42. Whether this obligation (whether described as the duty to establish universal jurisdiction, or, more accurately, the jurisdiction to establish a territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events) is an obligation only of treaty law, *inter partes*, or whether it is now, *at least as regards the offences articulated in the treaties*, an obligation of customary international law was pleaded by the Parties in this case but not addressed in any great detail.

43. Nor was the question of whether any such general obligation applies to crimes against humanity, given that those too are regarded everywhere as comparably heinous crimes. Accordingly, we offer no view on these aspects.

44. However, we note that the inaccurately termed "universal jurisdiction principle" in these treaties is a principle of *obligation*, while the question in this case is whether Belgium had the right to issue and circulate the arrest warrant if it so chose.

If a dispassionate analysis of State practice and Court decisions suggests that no such jurisdiction is presently being exercised, the writings of eminent jurists are much more mixed. The large literature contains vigorous exchanges of views (which have been duly studied by the Court) suggesting profound differences of opinion. But these writings, important and stimulating as they may be, cannot of themselves and without reference to the other sources of international law, evidence the existence of a jurisdictional norm. The assertion that certain treaties and court decisions rely on universal jurisdiction, which in fact they do not, does not evidence an international practice recognized as custom. And the policy arguments advanced in some of the writings can certainly suggest why a practice or a court decision should be regarded as desirable, or indeed

compétence que sur l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour établir cette compétence. Les chefs de compétence indiqués reposaient sur les liens de nationalité de l'auteur de l'infraction, ou du navire ou de l'aéronef concerné, ou de la victime. (Voir, par exemple, l'article 4 1) de la convention de La Haye, l'article 3 1) de la convention de Tokyo, l'article 5 de la convention contre la prise d'otages et l'article 5 de la convention contre la torture.) Ces dispositions peuvent être proprement décrites comme des dispositions conventionnelles établissant une large compétence extraterritoriale. Mais outre ces dispositions, les traités en question en contenaient d'autres, parallèles, selon lesquelles un Etat partie dans la juridiction duquel l'auteur présumé de ces infractions était trouvé devait le poursuivre ou l'extrader. Par abus de langage, ces dernières en sont venues à être désignées comme établissant une «compétence universelle», bien qu'il s'agisse en réalité d'une compétence territoriale obligatoire sur des personnes, bien qu'en relation avec des actes commis ailleurs.

* * *

42. La question de savoir si cette obligation (qu'on la décrive comme l'obligation d'établir la compétence universelle ou, plus exactement, la compétence pour établir une compétence territoriale à l'égard de personnes pour des événements extraterritoriaux) est uniquement une obligation conventionnelle, *inter partes*, ou si elle est maintenant, *au moins en ce qui concerne les infractions définies dans les traités*, une obligation du droit international coutumier a été abordée dans leurs plaidoiries par les parties à la présente affaire mais n'a pas été examinée très en détail.

43. Ne l'a pas été non plus la question de savoir si une telle obligation générale s'appliquait aux crimes contre l'humanité, étant donné que ces crimes également sont considérés partout comme tout aussi odieux. C'est pourquoi nous ne formulons pas d'opinion à cet égard.

44. Toutefois, nous notons que le principe qui figure dans ces traités, qui est inexactement qualifié de «principe de la compétence universelle», est un principe d'*obligation*, alors que la question qui se pose en l'espèce est de savoir si la Belgique avait le droit d'émettre et de diffuser le mandat d'arrêt si elle le décidait.

Si une analyse impartiale de la pratique des Etats et de la jurisprudence de la Cour donne à penser qu'une telle compétence n'est pas actuellement exercée, d'éminents juristes sont beaucoup plus mitigés dans leurs écrits. Les nombreux articles de doctrine contiennent de vigoureux échanges de vues (qui ont été dûment étudiés par la Cour) qui font apparaître de profondes divergences d'opinions. Mais ces écrits, aussi importants et stimulants soient-ils, ne peuvent en eux-mêmes et sans référence à d'autres sources du droit international attester l'existence d'une norme juridictionnelle. L'affirmation selon laquelle certains traités et certaines décisions judiciaires reposent sur la compétence universelle, ce qu'en fait ils ne font pas, ne prouve pas l'existence d'une pratique internationale reconnue comme coutume. Les arguments de principe avancés dans cer-

lawful; but contrary arguments are advanced, too, and in any event these also cannot serve to substantiate an international practice where virtually none exists.

45. That there is no established practice in which States exercise universal jurisdiction, properly so called, is undeniable. As we have seen, virtually all national legislation envisages links of some sort to the forum State; and no case law exists in which pure universal jurisdiction has formed the basis of jurisdiction. This does not necessarily indicate, however, that such an exercise would be unlawful. In the first place, national legislation reflects the circumstances in which a State provides in its own law the ability to exercise jurisdiction. But a State is not required to legislate up to the full scope of the jurisdiction allowed by international law. The war crimes legislation of Australia and the United Kingdom afford examples of countries making more confined choices for the exercise of jurisdiction. Further, many countries have no national legislation for the exercise of well recognized forms of extraterritorial jurisdiction, sometimes notwithstanding treaty obligations to enable themselves so to act. National legislation may be illuminating as to the issue of universal jurisdiction, but not conclusive as to its legality. Moreover, while none of the national case law to which we have referred happens to be based on the exercise of a universal jurisdiction properly so called, there is equally nothing in this case law which evidences an *opinio juris* on the illegality of such a jurisdiction. In short, national legislation and case law — that is, State practice — is neutral as to exercise of universal jurisdiction.

46. There are, moreover, certain indications that a universal criminal jurisdiction for certain international crimes is clearly not regarded as unlawful. The duty to prosecute under those treaties which contain the *aut dedere aut prosequi* provisions opens the door to a jurisdiction based on the heinous nature of the crime rather than on links of territoriality or nationality (whether as perpetrator or victim). The 1949 Geneva Conventions lend support to this possibility, and are widely regarded as today reflecting customary international law. (See, for example, Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, Vol. III: *Enforcement*, 2nd ed., 1999, p. 228; Theodor Meron, "International Criminalization of Internal Atrocities", 89 *AJIL* (1995), p. 576.)

47. The contemporary trends, reflecting international relations as they stand at the beginning of the new century, are striking. The movement is towards bases of jurisdiction other than territoriality. "Effects" or "impact" jurisdiction is embraced both by the United States and, with certain qualifications, by the European Union. Passive personality jurisdiction, for so long regarded as controversial, is now reflected not only in

tains des écrits indiquent assurément pourquoi une pratique ou une décision judiciaire devrait être considérée comme souhaitable ou, de fait, licite; mais des arguments contraires sont également avancés, et de toute manière ceux-ci ne peuvent non plus servir à étayer une pratique internationale quasiment inexistante.

45. Il est indéniable qu'il n'y a pas de pratique établie d'exercice par les Etats de la compétence universelle au sens propre du terme. Comme nous l'avons vu, pratiquement toutes les législations nationales envisagent tel ou tel lien avec l'Etat du for; et il n'y a aucune décision fondant la compétence sur la compétence universelle pure. Cela n'indique pas nécessairement, néanmoins, qu'un tel exercice serait illicite. En premier lieu, la législation nationale traduit les circonstances dans lesquelles un Etat se donne dans son propre droit la capacité d'exercer sa compétence. Mais un Etat n'est pas tenu d'adopter une législation lui conférant toute l'étendue de la compétence autorisée par le droit international. Les législations autrichienne et du Royaume-Uni en matière de crimes de guerre constituent des exemples de pays qui font des choix plus limités pour l'exercice de leur compétence. De plus, de nombreux pays n'ont pas de législation nationale pour l'exercice de formes bien établies de compétence extraterritoriale, parfois bien qu'ils aient l'obligation conventionnelle de se donner les moyens de le faire. La législation nationale peut être éclairante sur la question de la compétence universelle, mais elle n'est pas concluante quant à la licéité de celle-ci. En outre, si aucune des décisions judiciaires nationales que nous avons évoquées ne repose sur l'exercice d'une compétence universelle au sens propre, il n'y a rien non plus dans cette jurisprudence qui atteste l'existence d'une *opinio juris* sur l'illicéité d'une telle compétence. En bref, la législation et la jurisprudence nationales — c'est-à-dire la pratique des Etats — sont neutres quant à l'exercice de la compétence universelle.

46. De plus, certaines indications donnent à penser qu'une compétence pénale universelle à l'égard de certains crimes internationaux n'est manifestement pas considérée comme illicite. L'obligation de poursuivre en vertu des traités qui contiennent des dispositions *aut dedere aut prosequi* ouvre la porte à une compétence fondée sur la nature odieuse du crime plutôt que sur les liens de territorialité ou de nationalité (que ce soit celle de l'auteur ou de la victime). Les conventions de Genève de 1949 confirment cette possibilité, et sont largement considérées aujourd'hui comme reflétant le droit international coutumier (voir, par exemple, Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. III: *Enforcement*, 2e éd., 1999, p. 228; Theodor Meron, «International Criminalization of Internal Atrocities», *AJIL*, 1995, vol. 89, p. 576).

47. Les tendances contemporaines, qui reflètent les relations internationales à l'aube du nouveau siècle, sont frappantes. On tend à retenir des chefs de compétence autres que la territorialité. La compétence reposant sur les «effets» ou l'«impact» a été adoptée aussi bien par les Etats-Unis que, sous certaines conditions, par l'Union européenne. La compétence reposant sur la personnalité passive, considérée pendant si longtemps

limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable." (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, pp. 18-19.)

The Permanent Court acknowledged that consideration had to be given as to whether these principles would apply equally in the field of criminal jurisdiction, or whether closer connections might there be required. The Court noted the importance of the territorial character of criminal law but also the fact that all or nearly all systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State. After examining the issue the Court finally concluded that for an exercise of extraterritorial criminal jurisdiction (other than within the territory of another State) it was equally necessary to "prove the existence of a principle of international law restricting the discretion of States as regards criminal legislation".

50. The application of this celebrated dictum would have clear attendant dangers in some fields of international law. (See, on this point, Judge Shahabuddeen's dissenting opinion in the case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pp. 394-396.) Nevertheless, it represents a continuing potential in the context of jurisdiction over international crimes.

51. That being said, the dictum represents the high water mark of laissez-faire in international relations, and an era that has been significantly overtaken by other tendencies. The underlying idea of universal jurisdiction properly so-called (as in the case of piracy, and possibly in the Geneva Conventions of 1949), as well as the *aut dedere aut prosequi* variation, is a common endeavour in the face of atrocities. The series of multilateral treaties with their special jurisdictional provisions reflect a determination by the international community that those engaged in war crimes, hijacking, hostage taking, torture should not go unpunished. Although crimes against humanity are not yet the object of a distinct convention, a comparable international indignation at such acts is not to be doubted. And those States and academic writers who claim the right to act unilaterally to assert a universal criminal jurisdiction over persons committing such acts, invoke the concept of acting as "agents for the international community". This vertical notion of the authority of action is significantly different from the horizontal system of international law envisaged in the *"Lotus"* case.

At the same time, the international consensus that the perpetrators of international crimes should not go unpunished is being advanced by a flexible strategy, in which newly established international criminal tribunals, treaty obligations and national courts all have their part to play. We reject the suggestion that the battle against impunity is "made over" to international treaties and tribunals, with national courts having no com-

prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.» (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18-19.)

La Cour permanente a reconnu qu'il fallait examiner si ces principes s'appliqueraient également dans le domaine de la juridiction pénale ou si, dans ce domaine, des liens plus étroits pourraient être requis. La Cour a noté l'importance du caractère territorial du droit pénal mais aussi le fait que tous ou presque tous les systèmes de droit étendaient leur action à des infractions commises hors du territoire de l'Etat qui les adoptait, et qu'ils le faisaient sous des formes variables d'un Etat à l'autre. Après avoir examiné la question, la Cour a finalement conclu que, pour l'exercice d'une compétence pénale extraterritoriale (ailleurs que sur le territoire d'un autre Etat), il était également nécessaire de «prouver l'existence d'un principe de droit international restreignant le pouvoir discrétionnaire des Etats en ce qui concerne la législation pénale».

50. L'application de ce *dictum* célèbre serait manifestement dangereuse dans certains domaines du droit international. (Voir, sur ce point, l'opinion dissidente de M. Shahabuddeen dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 394-396.) Elle reste néanmoins toujours possible dans le contexte de la compétence à l'égard des crimes internationaux.

51. Cela dit, cette observation incidente correspond à l'apogée du laissez-faire dans les relations internationales, et à une époque qui a été sensiblement dépassée par d'autres tendances. L'idée qui sous-tend la compétence universelle proprement dite (comme dans le cas de la piraterie et, peut-être, des conventions de Genève de 1949), ainsi que la variante *aut dedere aut prosequi*, est qu'il faut agir de concert face aux atrocités. La série de traités multilatéraux avec leurs dispositions juridictionnelles spéciales montre que la communauté internationale est résolue à agir pour que ceux qui commettent des crimes de guerre, des détournements d'aéronefs, des prises d'otages ou des actes de torture ne demeurent pas impunis. Bien que les crimes contre l'humanité ne fassent pas encore l'objet d'une convention distincte, on ne peut douter que de tels actes suscitent une indignation internationale comparable. Et les Etats et auteurs qui revendiquent le droit d'agir unilatéralement pour établir une compétence pénale universelle à l'égard des personnes commettant de tels actes invoquent la notion d'action en qualité de «représentants de la communauté internationale». Ce concept vertical du pouvoir d'agir est sensiblement différent du système horizontal de droit international envisagé dans l'affaire du *Lotus*.

Dans le même temps, le consensus international selon lequel les auteurs de crimes internationaux ne doivent pas demeurer impunis est promu par une stratégie souple, dans le cadre de laquelle les tribunaux pénaux internationaux nouvellement créés, les obligations conventionnelles et les juridictions nationales ont tous leur rôle à jouer. Nous repoussons l'idée que la lutte contre l'impunité est «transférée» aux traités et tribunaux inter-

is said that a person must be within the jurisdiction at the time of the trial itself, that may be a prudent guarantee for the right of fair trial but has little to do with bases of jurisdiction recognized under international law.

57. On what basis is it claimed, alternatively, that an arrest warrant may not be issued for non-nationals in respect of offences occurring outside the jurisdiction? The textual provisions themselves of the 1949 Geneva Convention and the First Additional Protocol give no support to this view. The great treaties on aerial offences, hijacking, narcotics and torture are built around the concept of *aut dedere aut prosequi*. *Definitionally, this envisages presence on the territory.* There cannot be an obligation to extradite someone you choose not to try unless that person is within your reach. National legislation, enacted to give effect to these treaties, quite naturally also may make mention of the necessity of the presence of the accused. These sensible realities are critical for the obligatory exercise of *aut dedere aut prosequi* jurisdiction, but cannot be interpreted *a contrario so as to exclude a* voluntary exercise of a universal jurisdiction.

58. If the underlying purpose of designating certain acts as international crimes is to authorize a wide jurisdiction to be asserted over persons committing them, there is no rule of international law (and certainly not the *aut dedere* principle) which makes illegal co-operative overt acts designed to secure their presence within a State wishing to exercise jurisdiction.

* * *

59. If, as we believe to be the case, a State may choose to exercise a universal criminal jurisdiction *in absentia*, it must also ensure that certain safeguards are in place. They are absolutely essential to prevent abuse and to ensure that the rejection of impunity does not jeopardize stable relations between States.

No exercise of criminal jurisdiction may occur which fails to respect the inviolability or infringes the immunities of the person concerned. We return below to certain aspects of this facet, but will say at this juncture that commencing an investigation on the basis of which an arrest warrant may later be issued does not of itself violate those principles. The function served by the international law of immunities does not require that States fail to keep themselves informed.

A State contemplating bringing criminal charges based on universal jurisdiction must first offer to the national State of the prospective accused person the opportunity itself to act upon the charges concerned. The Court makes reference to these elements in the context of this case at paragraph 16 of its Judgment.

Further, such charges may only be laid by a prosecutor or juge d'instruction who acts in full independence, without links to or control

l'on dit qu'une personne doit se trouver dans la juridiction au moment du procès lui-même, cela peut constituer une garantie prudente du droit à un procès équitable mais n'a guère de rapport avec les chefs de compétence reconnus en droit international.

57. Sur quel fondement avance-t-on, à défaut, qu'un mandat d'arrêt ne peut être émis à l'encontre de non-nationaux s'agissant d'infractions commises hors de la juridiction ? Le texte lui-même des dispositions de la convention de Genève de 1949 et du premier protocole additionnel n'étaye pas ce point de vue. Les grands traités sur les infractions aériennes, le détournement d'aéronefs, les stupéfiants et la torture s'articulent autour du principe *aut dedere aut prosequi*. *Par définition, cela implique la présence sur le territoire*. Vous ne pouvez être tenu d'extrader quelqu'un que vous choisissez de ne pas juger si vous ne pouvez vous assurer de sa personne. Les lois nationales, adoptées pour donner effet à ces traités, mentionnent aussi, tout naturellement, la nécessité de la présence de l'accusé. Ces réalités raisonnables sont critiques pour l'exercice obligatoire de la compétence *aut dedere aut prosequi*, mais ne peuvent être interprétées *a contrario de manière à exclure* un exercice volontaire d'une compétence universelle.

58. Si l'objectif fondamental de la désignation de certains actes comme crimes internationaux est d'autoriser l'exercice d'une large compétence à l'égard des personnes qui les commettent, il n'y a pas de règle du droit international (et certainement pas le principe *aut dedere*) qui rende illicites les actes publics de coopération visant à obtenir la présence de ces personnes sur le territoire d'un Etat souhaitant exercer sa compétence.

* * *

59. Si, comme nous le pensons, un Etat peut choisir d'exercer une compétence pénale universelle par défaut, il doit aussi veiller à ce que certaines garanties soient en place. Celles-ci sont absolument essentielles pour prévenir les abus et faire en sorte que le rejet de l'impunité ne compromette pas la stabilité des relations entre les Etats.

Aucun exercice de la compétence pénale ne peut intervenir qui ne respecterait pas l'inviolabilité ou porterait atteinte aux immunités de la personne concernée. Nous revenons ci-après sur certains aspects de ce point, mais nous déclarons à ce stade qu'ouvrir une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourra ultérieurement être délivré ne viole pas en soi ces principes. La fonction que sert le droit international des immunités n'exige pas des Etats qu'ils ne se tiennent pas informés.

Un Etat envisageant d'exercer l'action pénale sur la base de la compétence universelle doit d'abord donner à l'Etat de nationalité de la personne qui pourra être accusée la possibilité de donner suite aux accusations en cause. La Cour évoque ces éléments dans le cadre de la présente affaire au paragraphe 16 de son arrêt.

En outre, de telles accusations ne peuvent être portées que par un procureur ou un juge d'instruction qui agit en toute indépendance, sans liens

petence in such matters. Great care has been taken when formulating the relevant treaty provisions not to exclude other grounds of jurisdiction that may be exercised on a voluntary basis. (See Article 4 (3), Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 1970; Article 5 (3), International Convention against Taking of Hostages, 1979; Article 5 (3), Convention against Torture; Article 9, Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; and Article 19, Rome Statute of the International Criminal Court.)

52. We may thus agree with the authors of *Oppenheim's International Law* (9th ed., p. 998), that:

> "While no general rule of positive international law can as yet be asserted which gives to states the right to punish foreign nationals for crimes against humanity in the same way as they are, for instance, entitled to punish acts of piracy, there are clear indications pointing to the gradual evolution of a significant principle of international law to that effect."

* * *

53. This brings us once more to the particular point that divides the Parties in this case: is it a precondition of the assertion of universal jurisdiction that the accused be within the territory?

54. Considerable confusion surrounds this topic, not helped by the fact that legislators, courts and writers alike frequently fail to specify the precise temporal moment at which any such requirement is said to be in play. Is the presence of the accused within the jurisdiction said to be required at the time the offence was committed? At the time the arrest warrant is issued? Or at the time of the trial itself? An examination of national legislation, cases and writings reveals a wide variety of temporal linkages to the assertion of jurisdiction. This incoherent practice cannot be said to evidence a precondition to any exercise of universal criminal jurisdiction. The fact that in the past the only clear example of an agreed exercise of universal jurisdiction was in respect of piracy, *outside of any territorial jurisdiction*, is not determinative. The only prohibitive rule (repeated by the Permanent Court in the *"Lotus"* case) is that criminal jurisdiction should not be exercised, without permission, within the territory of another State. The Belgian arrest warrant envisaged the arrest of Mr. Yerodia in Belgium, or the possibility of his arrest in third States at the discretion of the States concerned. This would in principle seem to violate no existing prohibiting rule of international law.

55. In criminal law, in particular, it is said that evidence-gathering requires territorial presence. But this point goes to *any* extraterritoriality, including those that are well established and not just to universal jurisdiction.

56. Some jurisdictions provide for trial *in absentia*; others do not. If it

nationaux, les tribunaux nationaux n'ayant pas compétence en la matière. On a pris grand soin, lorsqu'on a formulé les dispositions conventionnelles pertinentes, de ne pas exclure d'autres chefs de compétence, laquelle peut être exercée sur une base volontaire. (Voir l'article 4, par. 3, de la convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (1970); l'article 5, par. 3, de la convention internationale contre la prise d'otages (1979); l'article 5, par. 3, de la convention contre la torture; l'article 9 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; et l'article 19 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.)

52. Nous pouvons donc déclarer avec les auteurs d'*Oppenheim's International Law* (9e éd., p. 998) que :

> « Si l'on ne peut encore faire valoir aucune règle générale du droit international positif qui donne aux Etats le droit de punir des étrangers pour des crimes contre l'humanité de la même manière qu'ils sont, par exemple, habilités à punir les actes de piraterie, il existe des indications claires qu'un principe important du droit international se fait progressivement jour à cet effet. »

* * *

53. Cela nous ramène au point particulier qui divise les Parties en l'espèce : la présence de l'accusé sur le territoire est-elle une condition préalable à l'exercice de la compétence universelle ?

54. Il existe une confusion considérable à ce sujet, et le fait que les législateurs et les tribunaux, comme les auteurs, omettent fréquemment de dire à quel moment précis une telle condition serait opérante ne contribue pas à la dissiper. L'accusé doit-il être présent dans la juridiction au moment où l'infraction est commise ? Au moment où le mandat d'arrêt est délivré ? Ou au moment du procès lui-même ? Un examen de la législation nationale, de la jurisprudence et de la doctrine fait apparaître une grande variété de liens temporels pour l'exercice de la compétence. On ne peut dire que cette pratique incohérente atteste l'existence d'une condition préalable à tout exercice de la compétence universelle. Le fait que par le passé le seul exemple clair d'un exercice accepté de la compétence universelle soit en matière de piraterie, *en dehors de toute juridiction territoriale*, n'est pas déterminant. La seule prohibition (reprise par la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*) est que la compétence pénale ne doit pas être exercée sans autorisation sur le territoire d'un autre Etat. Le mandat d'arrêt belge envisageait que M. Yerodia serait arrêté en Belgique, ou la possibilité qu'il le soit dans des Etats tiers à la discrétion des Etats concernés. En principe, cela ne semblerait violer aucune prohibition existante du droit international.

55. En droit pénal, en particulier, on dit que la réunion des preuves exige la présence territoriale. Mais cela vaut pour *toute* extraterritorialité, y compris celles qui sont bien établies et pas seulement la compétence universelle.

56. Certains pays prévoient le jugement par défaut; d'autres non. Si

by the government of that State. Moreover, the desired equilibrium between the battle against impunity and the promotion of good inter-State relations will only be maintained if there are some special circumstances that do require the exercise of an international criminal jurisdiction and if this has been brought to the attention of the prosecutor or juge d'instruction. For example, persons related to the victims of the case will have requested the commencement of legal proceedings.

* * *

60. It is equally necessary that universal criminal jurisdiction be exercised only over those crimes regarded as the most heinous by the international community.

61. Piracy is the classical example. This jurisdiction was, of course, exercised on the high seas and not as an enforcement jurisdiction within the territory of a non-agreeing State. But this historical fact does not mean that universal jurisdiction only exists with regard to crimes committed on the high seas or in other places outside national territorial jurisdiction. Of decisive importance is that this jurisdiction was regarded as lawful because the international community regarded piracy as damaging to the interests of all. War crimes and crimes against humanity are no less harmful to the interests of all because they do not usually occur on the high seas. War crimes (already since 1949 perhaps a treaty-based provision for universal jurisdiction) may be added to the list. The specification of their content is largely based upon the 1949 Conventions and those parts of the 1977 Additional Protocols that reflect general international law. Recent years have also seen the phenomenon of an alignment of national jurisdictional legislation on war crimes, specifying those crimes under the statutes of the ICTY, ICTR and the intended ICC.

62. The substantive content of the concept of crimes against humanity, and its status as crimes warranting the exercise of universal jurisdiction, is undergoing change. Article 6 *(c)* of the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945 envisaged them as a category linked with those crimes over which the Tribunal had jurisdiction (war crimes, crimes against the peace). In 1950 the International Law Commission defined them as murder, extermination, enslavement, deportation or other inhuman acts perpetrated on the citizen population, or persecutions on political, racial or religious grounds if in exercise of, or connection with, any crime against peace or a war crime (*Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Principle VI *(c)*, pp. 374-377). Later definitions of crimes against humanity both widened the subject-matter, to include such offences as torture and rape, and de-coupled the link to other earlier established crimes. Crimes against humanity are now regarded as a distinct category. Thus the 1996 Draft Code of Crimes

avec le gouvernement de cet Etat ni contrôle de ce dernier. De plus, l'équilibre souhaité entre la lutte contre l'impunité et la promotion de bonnes relations interétatiques ne sera maintenu que s'il existe des circonstances spéciales qui exigent effectivement l'exercice d'une compétence pénale internationale et si elles ont été portées à l'attention du procureur ou du juge d'instruction. Par exemple, que des personnes liées aux victimes aient demandé qu'une action en justice soit engagée.

* * *

60. Il est également nécessaire que la compétence pénale universelle ne soit exercée qu'à l'égard des crimes considérés comme les plus odieux par la communauté internationale.

61. La piraterie est l'exemple classique. La compétence était, bien entendu, exercée en haute mer et non en tant que compétence d'exécution sur le territoire d'un Etat qui n'était pas d'accord. Mais ce fait historique ne signifie pas que la compétence universelle n'existe qu'à l'égard des crimes commis en haute mer ou en d'autres lieux ne relevant de la juridiction territoriale d'aucun Etat. Il est d'une importance décisive que cette compétence était considérée comme licite parce que la communauté internationale considérait la piraterie comme préjudiciable aux intérêts de tous. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne sont pas moins préjudiciables aux intérêts de tous parce qu'ils ne sont pas habituellement commis en haute mer. Les crimes de guerre (depuis 1949 déjà, peut-être une disposition conventionnelle en faveur de la compétence universelle) peuvent être ajoutés à la liste. La définition de leur contenu repose largement sur les conventions de 1949 et les sections des protocoles additionnels de 1977 qui correspondent au droit international général. On a aussi vu ces dernières années un phénomène d'alignement des législations nationales sur la compétence en matière de crimes de guerre, visant les crimes définis dans les statuts du TPIY, du TPIR et de la future CPI.

62. La substance de la notion de crimes contre l'humanité, et le statut de crimes justifiant de l'exercice de la compétence universelle que ceux-ci revêtent, est en train d'évoluer. L'article 6 *c)* du Statut du Tribunal militaire international du 8 août 1945 les envisageait comme une catégorie liée aux crimes dont le Tribunal était compétent pour connaître (crimes de guerre, crimes contre la paix). En 1950, la Commission du droit international les définissait comme l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toute population civile, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes (rapport de la CDI, 1950, document A/1316, principe VI *c)*, p. 15). Des définitions ultérieures des crimes contre l'humanité ont à la fois étendu la matière de manière à couvrir des crimes comme la torture et le viol, et supprimé le lien avec d'autres crimes établis antérieu-

against the Peace and Security of Mankind, adopted by the International Law Commission at its 48th session, provides that crimes against humanity

> "means any of the following acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or any organization or group:
>
> *(a)* Murder;
> *(b)* Extermination;
> *(c)* Torture;
> *(d)* Enslavement;
> *(e)* Persecution on political, racial, religious or ethnic grounds;
>
> *(f)* Institutionalized discrimination on racial, ethnic or religious grounds involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population;
> *(g)* Arbitrary deportation or forcible transfer of population;
>
> *(h)* Arbitrary imprisonment;
> *(i)* Forced disappearance of persons;
> *(j)* Rape, enforced prostitution and other forms of sexual abuse;
>
> *(k)* Other inhumane acts which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity, such as mutilation and severe bodily harm".

63. The Belgian legislation of 1999 asserts a universal jurisdiction over acts broadly defined as "grave breaches of international humanitarian law", and the list is a compendium of war crimes and the Draft Codes of Offences listing of crimes against humanity, with genocide being added. Genocide is also included as a listed "crime against humanity" in the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutes of Limitation to War Crimes and Crimes against Humanity, as well as being included in the ICTY, ICTR and ICC Statutes.

64. The arrest warrant issued against Mr. Yerodia accuses him both of war crimes and of crimes against humanity. As regards the latter, charges of incitement to racial hatred, which are said to have led to murders and lynchings, were specified. Fitting of this charge within the generally understood substantive context of crimes against humanity is not without its problems. "Racial hatred" would need to be assimilated to "persecution on racial grounds", or, on the particular facts, to mass murder and extermination. Incitement to perform any of these acts is not in terms listed in the usual definitions of crimes against humanity, nor is it explicitly mentioned in the Statutes of the ICTY or the ICTR, nor in the Rome

rement. Les crimes contre l'humanité sont maintenant considérés comme une catégorie distincte. Ainsi, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996 par la Commission du droit international, à sa 48e session, dispose qu'on entend par crime contre l'humanité

> «le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après :
>
> *a)* le meurtre;
> *b)* l'extermination;
> *c)* la torture;
> *d)* la réduction en esclavage;
> *e)* les persécutions pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques;
> *f)* la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux comportant la violation des libertés et droits fondamentaux de l'être humain et ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population;
> *g)* la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire;
> *h)* l'emprisonnement arbitraire;
> *i)* la disparition forcée de personnes;
> *j)* le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violence sexuelle;
> *k)* d'autres actes inhumains qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine, tels que mutilations et sévices graves».

63. La législation belge de 1999 établit une compétence universelle à l'égard d'actes largement définis comme des «violations graves du droit international humanitaire», et la liste de ces actes comprend les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité visés dans le projet de code des crimes, auxquels le génocide a été ajouté. Le génocide figure également en tant que «crime contre l'humanité» dans la convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, ainsi que dans les statuts du TPIY, du TPIR et de la CPI.

64. Le mandat d'arrêt émis contre M. Yerodia accuse celui-ci aussi bien de crimes de guerre que de crimes contre l'humanité. En ce qui concerne ces derniers, des incitations à la haine raciale, dont il est allégué qu'elles ont entraîné des meurtres et des lynchages, étaient visées. Faire entrer cette accusation dans le cadre substantiel tel qu'il est généralement compris des crimes contre l'humanité n'est pas sans poser problème. Il faudrait assimiler la «haine raciale» à la «persécution pour des motifs raciaux» ou, compte tenu des faits de l'espèce, aux massacres et à l'extermination. L'incitation à la commission de l'un quelconque de ces actes ne figure pas dans les définitions usuelles des crimes contre l'humanité et

Statute for the ICC. However, Article 7 (1) of the ICTY and Article 6 (1) of the ICTR do stipulate that

> "any person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided or abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to [in the relevant articles: crimes against humanity being among them] shall be individually responsible for the crime".

In the *Akayesu* Judgment (96-4-T) a Chamber of the ICTR has held that liability for a crime against humanity includes liability through incitement to commit the crime concerned (paras. 481-482). The matter is dealt with in a comparable way in Article 25 (3) of the Rome Statute.

65. It would seem (without in any way pronouncing upon whether Mr. Yerodia did or did not perform the acts with which he is charged in the warrant) that the acts alleged do fall within the concept of "crimes against humanity" and would be within that small category in respect of which an exercise of universal jurisdiction is not precluded under international law.

* * *

66. A related point can usefully be dealt with at this juncture. Belgium contended that, regardless of how international law stood on the matter of universal jurisdiction, it had in fact exercised no such jurisdiction. Thus, according to Belgium, there was neither a violation of any immunities that Mr. Yerodia might have, nor any infringement of the sovereignty of the Congo. To this end, Belgium, in its Counter-Memorial, observed that immunity from enforcement of the warrant was carefully provided for "representatives of foreign States who visit Belgium on the basis of any official invitation. In such circumstances, the warrant makes clear that the person concerned would be immune from enforcement in Belgium" (Counter-Memorial of Belgium, para. 1.12). Belgium further observed that the arrest warrant

> "has no legal effect at all either in or as regards the DRC. Although the warrant was circulated internationally for information by Interpol in June 2000, it was not the subject of a Red Notice. Even had it been, the legal effect of Red Notices is such that, for the DRC, it would not have amounted to a request for provisional arrest, let alone a formal request for extradition." (Counter-Memorial of Belgium, para. 3.1.12.) */Translation by the Registry./*

67. It was explained to the Court that a primary purpose in issuing an international warrant was to learn the whereabouts of a person. Mr. Yerodia's whereabouts were known at all times.

n'est pas non plus explicitement mentionnée dans les statuts du TPIY ou du TPIR, ni dans le Statut de Rome de la CPI. Toutefois, l'article 7 1) du Statut du TPIY et l'article 6 1) du Statut du TPIR stipulent bien que

> «quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé [aux articles pertinents : les crimes contre l'humanité en faisant partie] est individuellement responsable dudit crime».

Dans le jugement *Akayesu* (96-4-T), une chambre du TPIR a jugé que la responsabilité d'un crime contre l'humanité comprend la responsabilité de l'incitation à commettre le crime en question (par. 481-482). Cette question est traitée de manière comparable à l'article 25 3) du Statut de Rome.

65. Il semblerait (sans qu'il y ait à se prononcer d'aucune manière sur le point de savoir si M. Yerodia a ou non commis les actes dont il est accusé dans le mandat d'arrêt) que les actes allégués relèvent bien de la notion de «crimes contre l'humanité» et entrent dans la catégorie restreinte de crimes à l'égard desquels l'exercice de la compétence universelle n'est pas exclu en droit international.

* * *

66. Il peut être utile de traiter d'un point connexe à ce stade. La Belgique a affirmé que, quel que soit l'état du droit international sur la question de la compétence universelle, elle n'a pas en fait exercé une telle compétence. Ainsi, selon la Belgique, il n'y a eu ni violation des immunités dont pouvait jouir M. Yerodia, ni atteinte à la souveraineté du Congo. A cette fin, la Belgique, dans son contre-mémoire, fait observer que l'immunité d'exécution du mandat est soigneusement prévue pour les «représentants d'Etats étrangers qui visitent la Belgique suite à une invitation officielle. Dans ces cas, le mandat d'arrêt précise que la personne visée serait à l'abri d'une exécution du mandat d'arrêt en Belgique» (contre-mémoire de la Belgique, par. 1.12). La Belgique fait en outre observer que le mandat d'arrêt

> «n'a aucun effet juridique ni pour la RDC ni sur son territoire. Bien que le mandat ait été diffusé internationalement par Interpol pour information, en juin 2000, à l'époque il n'était pas l'objet d'une notice rouge. Même si cela avait été le cas, la portée juridique d'une notice rouge est telle que, pour la RDC, elle n'aurait pas pu équivaloir à une requête d'arrestation provisoire, ni, à fortiori, à une demande formelle d'extradition.» (Contre-mémoire de la Belgique, par. 3.1.12.)

67. On a expliqué à la Cour qu'un des premiers objectifs de l'émission d'un mandat international était de découvrir où se trouvait une personne. L'endroit où se trouvait M. Yerodia a toujours été connu.

68. We have not found persuasive the answers offered by Belgium to a question put to it by Judge Koroma, as to what the *purpose* of the warrant was, if it was indeed so carefully formulated as to render it unenforceable.

69. We do not feel it can be said that, given these explanations by Belgium, there was no exercise of jurisdiction as such that could attract immunity or infringe the Congo's sovereignty. If a State issues an arrest warrant against the national of another State, that other State is entitled to treat it as such — certainly unless the issuing State draws to the attention of the national State the clauses and provisions said to vacate the warrant of all efficacy. Belgium has conceded that the purpose of the international circulation of the warrant was "to establish a legal basis for the arrest of Mr. Yerodia . . . abroad and his subsequent extradition to Belgium". An international arrest warrant, even though a Red Notice has not yet been linked, is analogous to the locking-on of radar to an aircraft: it is already a statement of willingness and ability to act and as such may be perceived as a threat so to do at a moment of Belgium's choosing. Even if the action of a third State is required, the ground has been prepared.

* * *

70. We now turn to the findings of the Court on the impact of the issue of circulation of the warrant on the inviolability and immunity of Mr. Yerodia.

71. As to the matter of immunity, although we agree in general with what has been said in the Court's Judgment with regard to the specific issue put before it, we nevertheless feel that the approach chosen by the Court has to a certain extent transformed the character of the case before it. By focusing exclusively on the immunity issue, while at the same time bypassing the question of jurisdiction, the impression is created that immunity has value *per se*, whereas in reality it is an exception to a normative rule which would otherwise apply. It reflects, therefore, an interest which in certain circumstances prevails over an otherwise predominant interest, it is an exception to a jurisdiction which normally can be exercised and it can only be invoked when the latter exists. It represents an interest of its own that must always be balanced, however, against the interest of that norm to which it is an exception.

72. An example is the evolution the concept of State immunity in civil law matters has undergone over time. The original concept of absolute immunity, based on status *(par in parem non habet imperium)* has been replaced by that of restrictive immunity; within the latter a distinction was made between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* but immunity is granted only for the former. The meaning of these two notions is not carved in stone, however; it is subject to a continuously changing inter-

68. Nous n'avons pas jugé persuasives les réponses données par la Belgique à la question que lui avait posée M. Koroma quant à l'*objectif* du mandat, si celui-ci était effectivement formulé avec tant de soin qu'il en était inexécutable.

69. Nous ne pensons pas que l'on puisse dire que, étant donné ces explications de la Belgique, il n'y a pas eu un exercice de la compétence susceptible de faire jouer l'immunité ou de porter atteinte à la souveraineté du Congo. Si un Etat émet un mandat d'arrêt contre le national d'un autre Etat, cet autre Etat a le droit de considérer ce mandat comme tel — assurément si l'Etat qui l'émet n'appelle pas l'attention de l'Etat national sur les clauses et dispositions du mandat qui lui ôteraient toute efficacité. La Belgique a admis que l'objectif de la diffusion internationale du mandat était «d'établir un fondement juridique pour l'arrestation de M. Yerodia ... à l'étranger et son extradition subséquente vers la Belgique». La délivrance d'un mandat d'arrêt international, même si celui-ci n'est pas encore accompagné d'une notice rouge, est analogue au verrouillage d'un radar sur un aéronef: c'est déjà une déclaration de la volonté et de la capacité d'agir et, en tant que telle, elle peut être perçue comme une menace de le faire au moment que la Belgique choisira. Même si l'action d'un Etat tiers est requise, le terrain a été préparé.

* * *

70. Nous allons maintenant nous pencher sur les conclusions de la Cour en ce qui concerne les effets de l'émission de la diffusion du mandat sur l'inviolabilité et l'immunité de M. Yerodia.

71. S'agissant de l'immunité, bien que nous souscrivions d'une manière générale à ce qui est dit dans l'arrêt de la Cour en ce qui concerne la question spécifique qui lui était posée, nous estimons néanmoins que la démarche choisie par la Cour a dans une certaine mesure transformé la nature de l'affaire dont elle était saisie. En se concentrant exclusivement sur la question de l'immunité, et en évitant simultanément la question de la compétence, on crée l'impression que l'immunité a une valeur en soi, alors qu'en réalité il s'agit d'une exception à une règle normative qui autrement s'appliquerait. Elle reflète donc un intérêt qui dans certaines circonstances prévaut sur un intérêt qui autrement serait prédominant, il s'agit d'une dérogation à une compétence qui normalement peut s'exercer, et elle ne peut être invoquée que quand cette dernière existe. Elle représente un intérêt en soi, mais qui doit néanmoins toujours être mis en balance avec l'intérêt de la norme à laquelle elle déroge.

72. Un exemple en est donné par l'évolution au fil du temps de l'immunité des Etats en matière civile. Le concept initial d'immunité absolue, fondé sur le statut *(par in parem non habet imperium)*, a été remplacé par celui d'immunité restreinte; dans le cadre de cette dernière, une distinction a été faite entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* et l'immunité n'est accordée que pour les premiers. La signification de ces deux notions n'est cependant pas gravée dans la pierre; elle est sujette à

pretation which varies with time reflecting the changing priorities of society.

73. A comparable development can be observed in the field of international criminal law. As we said in paragraph 49, a gradual movement towards bases of jurisdiction other than territoriality can be discerned. This slow but steady shifting to a more extensive application of extra-territorial jurisdiction by States reflects the emergence of values which enjoy an ever-increasing recognition in international society. One such value is the importance of the punishment of the perpetrators of international crimes. In this respect it is necessary to point out once again that this development not only has led to the establishment of new international tribunals and treaty systems in which new competences are attributed to national courts but also to the recognition of other, non-territorially based grounds of national jurisdiction (see paragraph 51 above).

74. The increasing recognition of the importance of ensuring that the perpetrators of serious international crimes do not go unpunished has had its impact on the immunities which high State dignitaries enjoyed under traditional customary law. Now it is generally recognized that in the case of such crimes, which are often committed by high officials who make use of the power invested in the State, immunity is never substantive and thus cannot exculpate the offender from personal criminal responsibility. It has also given rise to a tendency, in the case of international crimes, to grant procedural immunity from jurisdiction only for as long as the suspected State official is in office.

75. These trends reflect a balancing of interests. On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community. Reflecting these concerns, what is regarded as a permissible jurisdiction and what is regarded as the law on immunity are in constant evolution. The weights on the two scales are not set for all perpetuity. Moreover, a trend is discernible that in a world which increasingly rejects impunity for the most repugnant offences, the attribution of responsibility and accountability is becoming firmer, the possibility for the assertion of jurisdiction wider and the availability of immunity as a shield more limited. The law of privileges and immunities, however, retains its importance since immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system.

une interprétation en évolution permanente qui varie avec le temps pour refléter l'évolution des priorités de la société.

73. On peut observer un phénomène comparable dans le domaine du droit pénal international. Comme nous l'avons dit au paragraphe 49, on peut discerner un passage progressif à des chefs de compétence autres que la territorialité. Cette transition lente mais régulière vers une application plus extensive de leur compétence extraterritoriale par les Etats reflète l'apparition de valeurs qui sont de plus en plus reconnues au sein de la société internationale. Une de ces valeurs est l'importance qui s'attache au châtiment des auteurs de crimes internationaux. A cet égard, il est nécessaire de souligner une fois encore que ce phénomène non seulement a amené la création de nouveaux tribunaux internationaux et systèmes conventionnels dans le cadre desquels de nouvelles compétences sont attribuées aux tribunaux nationaux, mais aussi la reconnaissance, pour la juridiction nationale, d'autres chefs de compétence, qui ne reposent pas sur le territoire (voir paragraphe 51 ci-dessus).

74. On admet de plus en plus qu'il importe de faire en sorte que les auteurs de crimes internationaux graves ne demeurent pas impunis, et ce fait a eu un impact sur les immunités dont jouissaient les hauts dignitaires de l'Etat en vertu du droit coutumier traditionnel. Il est maintenant généralement admis que dans le cas de tels crimes, qui sont souvent commis par de hauts responsables qui utilisent les pouvoirs dont l'Etat est investi, l'immunité n'est jamais une immunité de fond et ne peut donc exonérer l'auteur du crime de sa responsabilité pénale individuelle. Elle a aussi donné naissance à une tendance, dans le cas des crimes internationaux, à n'accorder l'immunité procédurale de juridiction qu'aussi longtemps que l'agent de l'Etat soupçonné est en fonction.

75. Ces tendances reflètent une mise en balance d'intérêts. D'un côté, il y a l'intérêt de la communauté humaine, à savoir prévenir et faire cesser l'impunité des auteurs de crimes graves commis contre ses membres; de l'autre, il y a l'intérêt de la communauté des Etats, à savoir permettre à ceux-ci d'agir librement au niveau interétatique sans ingérence injustifiée. Il faut donc réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale. Du fait de ces préoccupations, ce qui est considéré comme une compétence autorisée et ce qui est considéré comme le droit de l'immunité sont des notions en évolution constante. Les poids placés sur les deux plateaux de la balance n'y sont pas à jamais. En outre, une tendance se fait jour selon laquelle, dans un monde qui rejette de plus en plus l'impunité pour les crimes les plus horribles, l'attribution de la responsabilité et de l'obligation de rendre des comptes devient plus ferme, la possibilité d'établir sa compétence plus large et celle d'invoquer l'immunité pour se protéger plus limitée. Toutefois, le droit des privilèges et immunités conserve son importance puisque les immunités sont conférées aux hauts responsables de l'Etat pour garantir le fonctionnement adéquat du réseau des relations interétatiques, ce qui est d'une importance capitale pour un système international bien ordonné et harmonieux.

seeks the accommodation of this value with the fight against impunity, and not the triumph of one norm over the other. A State may exercise the criminal jurisdiction which it has under international law, but in doing so it is subject to other legal obligations, whether they pertain to the non-exercise of power in the territory of another State or to the required respect for the law of diplomatic relations or, as in the present case, to the procedural immunities of State officials. In view of the worldwide aversion to these crimes, such immunities have to be recognized with restraint, in particular when there is reason to believe that crimes have been committed which have been universally condemned in international conventions. It is, therefore, necessary to analyse carefully the immunities which under customary international law are due to high State officials and, in particular, to Ministers for Foreign Affairs.

80. Under traditional customary law the Head of State was seen as personifying the sovereign State. The immunity to which he was entitled was therefore predicated on status, just like the State he or she symbolized. Whereas State practice in this regard is extremely scarce, the immunities to which other high State officials (like Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs) are entitled have generally been considered in the literature as merely functional. (Cf. Arthur Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, pp. 102-103.)

81. We have found no basis for the argument that Ministers for Foreign Affairs are entitled to the same immunities as Heads of State. In this respect, it should be pointed out that paragraph 3.2 of the International Law Commission's Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property of 1991, which contained a saving clause for the privileges and immunities of Heads of State, failed to include a similar provision for those of Ministers for Foreign Affairs (or Heads of Government). In its commentary, the ILC stated that mentioning the privileges and immunities of Ministers for Foreign Affairs would raise the issues of the basis and the extent of their jurisdictional immunity. In the opinion of the ILC these immunities were clearly not identical to those of Heads of State.

82. The Institut de droit international took a similar position in 2001 with regard to Foreign Ministers. Its resolution on the Immunity of Heads of State, based on a thorough report on all relevant State practice, states expressly that these "shall enjoy, in criminal matters, immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State for any crime he or she may have committed, regardless of its gravity". But the Institut, which in this resolution did assimilate the position of Head of Government to that of Head of State, carefully avoided doing the same with regard to the Foreign Minister.

ci-dessus. Le droit international s'efforce de concilier cette valeur avec la lutte contre l'impunité, et non de faire triompher une norme sur l'autre. Un Etat peut exercer la compétence pénale que lui confère le droit international, mais ce faisant il est soumis à d'autres obligations juridiques, qu'elles concernent le non-exercice de ses pouvoirs sur le territoire d'un autre Etat ou le respect requis du droit des relations diplomatiques ou, comme dans la présente affaire, des immunités procédurales des agents de l'Etat. Etant donné l'aversion universelle que suscitent ces crimes, ces immunités doivent être reconnues avec une certaine retenue, en particulier lorsqu'il y a des raisons de penser que des crimes ont été commis qui ont été universellement condamnés dans des conventions internationales. Il est en conséquence nécessaire d'analyser soigneusement les immunités dont bénéficient en droit international coutumier les hauts représentants de l'Etat et, en particulier, les ministres des affaires étrangères.

80. En droit international coutumier, le chef d'Etat était perçu comme personnifiant l'Etat souverain. L'immunité à laquelle il avait droit reposait donc sur son statut, tout comme celle de l'Etat qu'il symbolisait. Si la pratique des Etats est à cet égard extrêmement rare, les immunités dont jouissent d'autres hauts responsables de l'Etat (comme les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères) ont généralement été considérées en doctrine comme simplement fonctionnelles. (Voir Arthur Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 102-103.)

81. Nous n'avons pas trouvé de fondement à l'argument selon lequel les ministres des affaires étrangères ont droit aux mêmes immunités que les chefs d'Etat. A cet égard, il convient de souligner que le paragraphe 3.2 du Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adopté par la Commission du droit international en 1991, qui contenait une clause de sauvegarde pour les privilèges et immunités des chefs d'Etat, ne comprenait pas de disposition similaire pour ceux des ministres des affaires étrangères (ou des chefs de gouvernement). Dans son commentaire, la CDI indiquait que mentionner les privilèges et immunités des ministres des affaires étrangères soulèverait des questions quant au fondement et à l'étendue de leur immunité juridictionnelle. De l'avis de la CDI, ces immunités n'étaient manifestement pas identiques à celles des chefs d'Etat.

82. L'Institut de droit international a pris une position comparable en 2001 en ce qui concerne les ministres des affaires étrangères. Sa résolution sur l'immunité des chefs d'Etat, qui reposait sur un rapport exhaustif relatif à l'ensemble de la pratique des Etats en la matière, dispose expressément qu'ils «jouissent, en matière pénale, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un Etat étranger à raison de toute infraction qu'ils peuvent avoir commise, quelle que soit sa gravité». Mais l'Institut, qui dans sa résolution assimilait effectivement la situation du chef de gouvernement à celle du chef de l'Etat, a soigneusement évité de faire la même chose en ce qui concerne le ministre des affaires étrangères.

76. Such is the backdrop of the case submitted to the Court. Belgium claims that under international law it is permitted to initiate criminal proceedings against a State official who is under suspicion of having committed crimes which are generally condemned by the international community; and it contends that because of the nature of these crimes the individual in question is no longer shielded by personal immunity. The Congo does not deny that a Foreign Minister is responsible in international law for all of his acts. It asserts instead that he has absolute personal immunity from criminal jurisdiction as long as he is in office and that his status must be assimilated in this respect to that of a Head of State (Memorial of Congo, p. 30).

77. Each of the Parties, therefore, gives particular emphasis in its argument to one set of interests referred to above: Belgium to that of the prevention of impunity, the Congo to that of the prevention of unwarranted outside interference as the result of an excessive curtailment of immunities and an excessive extension of jurisdiction.

78. In the Judgment, the Court diminishes somewhat the significance of Belgium's arguments. After having emphasized — and we could not agree more — that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed (para. 60), the Court goes on to say that these immunities do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances (para. 61). We feel less than sanguine about examples given by the Court of such circumstances. The chance that a Minister for Foreign Affairs will be tried in his own country in accordance with the relevant rules of domestic law or that his immunity will be waived by his own State is not high as long as there has been no change of power, whereas the existence of a competent international criminal court to initiate criminal proceedings is rare; moreover, it is quite risky to expect too much of a future international criminal court in this respect. The only credible alternative therefore seems to be the possibility of starting proceedings in a foreign court after the suspected person ceases to hold the office of Foreign Minister. This alternative, however, can also be easily forestalled by an unco-operative government that keeps the Minister in office for an as yet indeterminate period.

79. We wish to point out, however, that the frequently expressed conviction of the international community that perpetrators of grave and inhuman international crimes should not go unpunished does not *ipso facto* mean that immunities are unavailable whenever impunity would be the outcome. The nature of such crimes and the circumstances under which they are committed, usually by making use of the State apparatus, makes it less than easy to find a convincing argument for shielding the alleged perpetrator by granting him or her immunity from criminal process. But immunities serve other purposes which have their own intrinsic value and to which we referred in paragraph 77 above. International law

76. Telle est la toile de fond de l'affaire soumise à la Cour. La Belgique affirme qu'en droit international elle est autorisée à engager une action pénale contre un agent de l'Etat qui est soupçonné d'avoir commis des crimes qui sont généralement condamnés par la communauté internationale; et elle soutient qu'en raison de la nature de ces crimes l'individu en cause n'est plus protégé par son immunité personnelle. Le Congo ne nie pas qu'un ministre des affaires étrangères est au regard du droit international responsable de tous ses actes. Il affirme par contre qu'il jouit d'une immunité personnelle absolue de la juridiction pénale aussi longtemps qu'il est en fonction, et que son statut doit être assimilé à cet égard à celui d'un chef d'Etat (mémoire du Congo, p. 30).

77. Chacune des Parties accorde donc une importance particulière dans son argumentation à certains des intérêts visés ci-dessus : la Belgique à la prévention de l'impunité, le Congo à la prévention d'ingérences extérieures injustifiées découlant d'une limitation excessive des immunités et d'une extension excessive de la compétence.

78. Dans son arrêt, la Cour réduit quelque peu l'importance des arguments de la Belgique. Après avoir souligné — et nous ne pouvons l'approuver davantage — que l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre des crimes qu'il aurait pu commettre (par. 60), la Cour déclare ensuite que ces immunités ne font pas obstacle à ce que la responsabilité pénale de l'intéressé soit recherchée dans certaines circonstances (par. 61). Nous sommes moins optimistes quant aux exemples donnés par la Cour de telles circonstances. La probabilité qu'un ministre des affaires étrangères soit jugé dans son propre pays en vertu des règles applicables du droit interne ou que son immunité soit levée par son propre Etat n'est pas élevée dès lors qu'il n'y a pas eu de changement de pouvoir, et il est rare qu'il existe un tribunal pénal international compétent pour engager une action pénale; en outre, il est très risqué d'attendre trop d'une future cour pénale internationale à cet égard. La seule alternative crédible semble donc être la possibilité d'engager une procédure devant un tribunal étranger après que la personne soupçonnée cesse d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères. Cette solution, néanmoins, peut aussi être facilement anticipée par un gouvernement peu coopératif qui maintiendrait le ministre en fonction pour une période encore indéterminée.

79. Nous souhaitons toutefois souligner que la conviction fréquemment exprimée par la communauté internationale selon laquelle les auteurs de crimes internationaux graves et inhumains ne devraient pas rester impunis ne signifie pas *ipso facto* que les immunités sont inopérantes à chaque fois que l'impunité en résulterait. La nature de tels crimes et les circonstances dans lesquelles ils sont commis, habituellement au moyen de l'appareil d'Etat, rendent rien moins qu'aisé de trouver un argument convaincant pour protéger l'auteur allégué des crimes en lui accordant l'immunité de juridiction pénale. Mais les immunités servent d'autres fins qui ont leur valeur intrinsèque propre et que nous avons évoquées au paragraphe 77

83. We agree, therefore, with the Court that the purpose of the immunities attaching to Ministers for Foreign Affairs under customary international law is to ensure the free performance of their functions on behalf of their respective States (Judgment, para. 53). During their term of office, they must therefore be able to travel freely whenever the need to do so arises. There is broad agreement in the literature that a Minister for Foreign Affairs is entitled to full immunity during official visits in the exercise of his function. This was also recognized by the Belgian investigating judge in the arrest warrant of 11 April 2000. The Foreign Minister must also be immune whenever and wherever engaged in the functions required by his office and when in transit therefor.

84. Whether he is also entitled to immunities during private travels and what is the scope of any such immunities, is far less clear. Certainly, he or she may not be subjected to measures which would prevent effective performance of the functions of a Foreign Minister. Detention or arrest would constitute such a measure and must therefore be considered an infringement of the inviolability and immunity from criminal process to which a Foreign Minister is entitled. The arrest warrant of 11 April 2000 was directly enforceable in Belgium and would have obliged the police authorities to arrest Mr. Yerodia had he visited that country for non-official reasons. The very issuance of the warrant therefore must be considered to constitute an infringement on the inviolability to which Mr. Yerodia was entitled as long as he held the office of Minister for Foreign Affairs of the Congo.

85. Nonetheless, that immunity prevails only as long as the Minister is in office and continues to shield him or her after that time only for "official" acts. It is now increasingly claimed in the literature (see for example, Andrea Bianchi, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), pp. 227-228) that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform (Goff, J. (as he then was) and Lord Wilberforce articulated this test in the case of *1° Congreso del Partido* (1978) QB 500 at 528 and (1983) AC 244 at 268, respectively). This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public State acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, as evidenced in judicial decisions and opinions. (For an early example, see the judgment of the Israel Supreme Court in the *Eichmann* case; Supreme Court, 29 May 1962, 36 *International Law Reports*, p. 312.) See also the speeches of Lords Hutton and Phillips of Worth Matravers in *R.* v. *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte *Pinochet* (*"Pinochet III"*); and of Lords Steyn and Nicholls of Birkenhead in *"Pinochet I"*, as well as the

83. Nous sommes donc d'accord avec la Cour que l'objet des immunités accordées aux ministres des affaires étrangères en droit international coutumier est de leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions pour le compte des Etats qu'ils représentent (arrêt, par. 53). Ils doivent donc, tant qu'ils sont en fonction, pouvoir voyager librement à chaque fois qu'ils ont besoin de le faire. Il existe un large accord en doctrine pour dire qu'un ministre des affaires étrangères a droit à la pleine immunité durant les visites officielles qu'il fait dans l'exercice de ses fonctions. Cela a aussi été reconnu par le juge d'instruction belge dans le mandat d'arrêt du 11 avril 2000. Le ministre des affaires étrangères doit aussi jouir de l'immunité à chaque fois qu'il exerce les fonctions requises par sa charge et en quelque lieu qu'il les exerce, et lorsqu'il est en transit pour ce faire.

84. La réponse aux questions de savoir s'il a aussi droit à des immunités durant ses voyages privés, et quelle est l'étendue de ces immunités éventuelles, est beaucoup moins claire. Assurément, il ne peut pas être assujetti à des mesures qui l'empêcheraient d'exercer efficacement les fonctions d'un ministre des affaires étrangères. La détention ou l'arrestation constitueraient de telles mesures et doivent donc être considérées comme portant atteinte à l'inviolabilité et l'immunité de juridiction pénale auxquelles un ministre des affaires étrangères a droit. Le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 était directement exécutable en Belgique et aurait obligé les autorités de police à arrêter M. Yerodia s'il s'était rendu dans ce pays pour des raisons non officielles. L'émission même du mandat d'arrêt doit donc être considérée comme constituant une atteinte à l'inviolabilité à laquelle M. Yerodia avait droit aussi longtemps qu'il occupait le poste de ministre des affaires étrangères du Congo.

85. Néanmoins, cette immunité ne vaut qu'aussi longtemps que le ministre est en fonction et ne continue ultérieurement à le protéger qu'à raison de ses actes «officiels». On affirme maintenant de plus en plus en doctrine (voir, par exemple, Andrea Bianchi, «Denying State Immunity to Violators of Human Rights», *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227-228) que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un Etat seul (par opposition à un individu) peut exercer. (Goff, J. (comme il se nommait alors) et lord Wilberforce ont explicité ce critère dans l'affaire du *1er Congreso del Partido* (1978) QB 500, p. 528, et (1983) AC 244, p. 268, respectivement.) Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'Etat ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'Etat. La même opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des Etats, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires. (Pour un exemple déjà ancien, voir l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*; Cour suprême, 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312.) Voir aussi les discours de lord Hutton et lord Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *R* v. *Bartle and*

is not and cannot be of concern to this Court. Accordingly, we consid
that the Court erred in its finding on this point.

(Signed) Rosalyn HIGGINS.

(Signed) Pieter KOOIJMANS.

(Signed) Thomas BUERGENTHAL.

---

puisse être considéré comme vicié au regard du droit interne belge; mais cela n'est pas et ne peut être le souci de la Cour. C'est pourquoi nous considérons que la Cour s'est trompée dans sa conclusion sur ce point.

(*Signé*) Rosalyn HIGGINS.
(*Signé*) Pieter KOOIJMANS.
(*Signé*) Thomas BUERGENTHAL.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. REZEK

Préséance logique des questions de compétence sur les questions d'immunités — Effet de l'exclusion des questions de compétence des conclusions finales du Congo — Territorialité et défense de certains biens juridiques comme règles élémentaires de compétence — Nationalité active et passive comme règles de compétence complémentaires — Exercice de la compétence pénale sans aucune circonstance de rattachement au for non encore autorisée en droit international — Système international de coopération pour la répression du crime.

1. Je suis persuadé que j'écris en ce moment une *opinion dissidente*, bien qu'elle doive être classée parmi les *opinions individuelles* du fait que son auteur a voté en faveur de l'ensemble du dispositif de l'arrêt. J'approuve, comme la majorité des membres de la Cour, tout ce qui est dit dans le dispositif, car le traitement de la question de l'immunité me paraît conforme à l'état du droit. Je regrette pourtant qu'une majorité ne se soit pas formée sur le point essentiel du problème posé à la Cour.

2. Aucune immunité n'est absolue, dans aucun ordre juridique. Toute immunité s'inscrit forcément dans un cadre donné, et aucun sujet de droit ne saurait bénéficier d'une immunité dans l'abstrait. Ainsi peut-on invoquer une immunité vis-à-vis d'une juridiction nationale donnée et non pas à l'égard d'une autre. De même, une immunité peut déployer ses effets vis-à-vis de juridictions internes, mais pas à l'égard d'une juridiction internationale. Dans le cadre d'un ordre juridique donné, une immunité peut être invoquée à l'encontre de la juridiction pénale mais pas de la juridiction civile, ou bien à l'encontre de la juridiction ordinaire mais pas d'un for spécial.

3. La question de la compétence précède donc nécessairement celle de l'immunité. Les deux questions ont en outre fait largement l'objet du débat, tant au niveau des pièces écrites que lors de la procédure orale, entre les Parties. Le fait que, dans ses conclusions finales, le Congo se soit limité à inviter la Cour à rendre une décision fondée sur l'immunité de son ancien ministre vis-à-vis du for interne de la Belgique ne justifie pas l'abandon par la Cour de ce qui constitue une prémisse inexorable à l'examen de la question de l'immunité. Il n'est ici aucunement question de *retenir l'ordre* des questions soumises à l'examen de la Cour mais d'observer l'ordre logique qui, en toute rigueur, s'impose. Autrement, on glisse vers un règlement par la Cour de la question de savoir si l'immunité existerait ou non *au cas où la justice belge serait compétente...*

4. En statuant au préalable sur la question de la compétence, la Cour aurait eu l'occasion de rappeler que l'exercice de la juridiction pénale

SEPARATE OPINION OF JUDGE REZEK

[Translation]

Logical priority of jurisdictional issues over issues of immunities — Effect of the exclusion of jurisdictional issues from the Congo's final submissions — Territoriality and the defence of certain legally protected interests as fundamental rules of jurisdiction — Active and passive nationality as supplementary bases of jurisdiction — Exercise of criminal jurisdiction in the absence of any factor of connection with the forum State not yet permitted under international law — International system of co-operation in the punishment of crime.

1. I am convinced that I am in the process of writing a *dissenting opinion*, even though it must be classified as a *separate opinion* because I voted in favour of the entire operative part of the Judgment. Like the majority of Members of the Court, I fully concur with the operative part, because I find the treatment of the question of immunity to be in conformity with the law as it now stands. I do, however, regret that no majority could be found to address the crucial aspect of the problem before the Court.

2. No immunity is absolute, in any legal order. An immunity must necessarily exist within a particular context, and no subject of law can enjoy immunity in the abstract. Thus, an immunity might be available before one national court but not before another. Similarly, an immunity might be effective in respect of domestic courts but not of an international one. Within a given legal order, an immunity might be relied upon in relation to criminal proceedings but not to civil proceedings, or vis-à-vis an ordinary court but not a special tribunal.

3. The question of jurisdiction thus inevitably precedes that of immunity. Moreover, the two issues were debated at length by the Parties both in their written pleadings and in oral argument. The fact that the Congo confined itself in its final submissions to asking the Court to render a decision based on its former Minister's immunity vis-à-vis the Belgian domestic court does not justify the Court's disregard of an inescapable premise underlying consideration of the issue of immunity. Here, the point is not to *follow the order* in which the issues were submitted to the Court for consideration but rather to respect the order which a strictly logical approach requires. Otherwise, we are impelled towards a situation where the Court is deciding whether or not there would be immunity in the event that *the Belgian courts were to have jurisdiction* . . .

4. By ruling first on the jurisdictional issue, the Court would have had the opportunity to point out that domestic criminal jurisdiction based

rendent la coordination de leurs efforts. En dehors d'une telle discipline, toute politique adoptée au nom des droits de l'homme risque de desservir cette cause au lieu de la renforcer.

10. L'examen préalable de la question de la compétence aurait dû, à mon avis, dispenser la Cour de toute délibération sur la question de l'immunité. Je m'associe en tout cas aux conclusions de la majorité de mes collègues sur ce point. J'estime que le for interne de la Belgique n'est pas compétent, dans les circonstances de l'espèce, pour l'action pénale, faute d'une base de compétence autre que le seul principe de la compétence universelle et faute, à l'appui de celui-ci, de la présence de la personne accusée sur le territoire belge, qu'il ne serait pas légitime de forcer à comparaître. Mais je pense que, si la compétence de la justice belge pouvait être admise, l'immunité du ministre congolais des affaires étrangères aurait interdit l'engagement de l'action pénale ainsi que l'expédition par le juge, avec le soutien par le Gouvernement belge, du mandat d'arrêt international.

(*Signé*) Francisco REZEK.

co-ordination of their efforts. Any policy adopted in the name of human rights but not in keeping with that discipline threatens to harm rather than serve that cause.

10. In my view, if the Court had first considered the question of jurisdiction, it would have been relieved of any need to rule on the question of immunity. I do in any event adhere to the conclusions of the majority of my colleagues on this point. I find that under the facts and circumstances of the present case the Belgian domestic court lacks jurisdiction to conduct criminal proceedings, in the absence of any basis of jurisdiction other than the principle of universal jurisdiction and failing, in support of that principle, the presence on Belgian territory of the accused, whom it would be unlawful to force to appear. But I believe that, even on the assumption that the Belgian judicial authorities did have jurisdiction, the immunity enjoyed by the Congo's Minister for Foreign Affairs would have barred both the initiation of criminal proceedings and the circulation of the international arrest warrant by the judge, with support from the Belgian Government.

(*Signed*) Francisco REZEK.

judgment of the Court of Appeal of Amsterdam in the *Bouterse* case (Gerechtshof Amsterdam, 20 November 2000, para. 4.2.)

* * *

86. We have voted against paragraph (3) of the *dispositif* for several reasons.

87. In paragraph (3) of the *dispositif*, the Court "[f]inds that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated". In making this finding, the Court relies on the proposition enunciated in the *Factory at Chorzów* case pursuant to which "reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would . . . have existed if that act had not been committed" (*P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47). Having previously found that the issuance and circulation of the warrant by Belgium was illegal under international law, the Court concludes that it must be withdrawn because "the warrant is still extant, and remains unlawful, notwithstanding the fact that Mr. Yerodia has ceased to be Minister for Foreign Affairs".

88. We have been puzzled by the Court's reliance on the *Factory at Chorzów* case to support its finding in paragraph (3) of the *dispositif*. It would seem that the Court regards its order for the cancellation of the warrant as a form of *restitutio in integrum*. Even in the very different circumstances which faced the Permanent Court in the *Factory at Chorzów* case, *restitutio* in the event proved impossible. Nor do we believe that restoration of the *status quo ante* is possible here, given that Mr. Yerodia is no longer Minister for Foreign Affairs.

89. Moreover — and this is more important — the Judgment suggests that what is at issue here is a continuing illegality, considering that a call for the withdrawal of an instrument is generally perceived as relating to the cessation of a continuing international wrong (International Law Commission, Commentary on Article 30 of the Articles of State Responsibility, A/56/10 (2001), p. 216). However, the Court's finding in the instant case that the issuance and circulation of the warrant was illegal, a conclusion which we share, was based on the fact that these acts took place at a time when Mr. Yerodia was Minister for Foreign Affairs. As soon as he ceased to be Minister for Foreign Affairs, the illegal consequences attaching to the warrant also ceased. The mere fact that the warrant continues to identify Mr. Yerodia as Minister for Foreign Affairs changes nothing in this regard as a matter of international law, although it may well be that a misnamed arrest warrant, which is all it now is, may be deemed to be defective as a matter of Belgian domestic law; but that

the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte *Pinochet (« Pinochet III »)* ; et de lord Steyn et lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire *« Pinochet 1 »*, ainsi que le jugement de la cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 novembre 2000, par. 4.2.)

* * *

86. Nous avons voté contre le paragraphe 3 du dispositif pour plusieurs raisons.

87. Au paragraphe 3 du dispositif, la Cour «[d]it que le Royaume de Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé». En statuant ainsi, la Cour fait fond sur la proposition énoncée dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* selon laquelle «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait ... existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47). Ayant déjà conclu que l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt par la Belgique étaient illicites au regard du droit international, la Cour conclut que ce mandat doit être annulé parce que «[l]e mandat subsiste et demeure illicite nonobstant le fait que M. Yerodia a cessé d'être ministre des affaires étrangères».

88. L'invocation par la Cour de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* pour étayer sa conclusion au paragraphe 3 du dispositif nous a laissés perplexes. Il semblerait que la Cour considère son injonction en vue de l'annulation du mandat comme une forme de *restitutio in integrum*. Même dans les circonstances très différentes auxquelles la Cour permanente était confrontée dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la *restitutio* s'est en l'espèce révélée impossible. Nous ne pensons pas non plus que le rétablissement du *statu quo ante* soit possible ici, puisque M. Yerodia n'est plus ministre des affaires étrangères.

89. De plus — et ceci est plus important — l'arrêt donne à penser que ce qui est en cause ici est une illicéité continue, en considérant qu'une demande de retrait d'un instrument est généralement perçue comme touchant la cessation d'un fait internationalement illicite continu (Commission du droit international, commentaire de l'article 30 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, A/56/10 (2001), p. 233). Toutefois, la conclusion de la Cour selon laquelle l'émission et la diffusion du mandat étaient illicites, à laquelle nous souscrivons, reposait sur le fait que ces actes ont eu lieu à une époque où M. Yerodia était ministre des affaires étrangères. Dès qu'il a cessé d'être ministre des affaires étrangères, les conséquences illicites découlant du mandat ont aussi pris fin. Le simple fait que le mandat continue d'identifier M. Yerodia comme le ministre des affaires étrangères ne change rien à cet égard du point de vue du droit international, même s'il se peut très bien qu'un mandat d'arrêt comportant une erreur de désignation, ce qui est tout ce qu'il est maintenant,

interne, sur la seule base du principe de la justice universelle, présente nécessairement un caractère subsidiaire et qu'il y a de substantielles raisons pour cela. D'abord, il est admis qu'aucun for n'est aussi qualifié pour conduire à son terme, comme il convient, un procès pénal, que celui du lieu des faits, ne serait-ce que par la proximité des preuves, la connaissance plus approfondie des inculpés et des victimes, la perception plus nette de toutes les circonstances du cadre délictueux. Ce sont des raisons d'ordre plus politique que pratique qui conduisent plusieurs systèmes internes à placer juste après le principe de la *territorialité* un autre fondement de compétence pénale qui s'affirme sans égard au lieu des faits, celui de la *défense de certains biens juridiques* particulièrement chers à l'Etat : la vie et l'intégrité du souverain, le patrimoine public, l'administration publique.

5. En dehors de ces deux principes élémentaires, la complémentarité devient la règle : dans la plupart des pays, l'action pénale est possible sur la base des principes de la *nationalité active* ou *passive*, lorsque l'on est en présence de crimes commis à l'étranger, ayant pour auteurs ou pour victimes des ressortissants de l'Etat du for, mais à la condition que, dans les cas susmentionnés, le procès n'ait pas eu lieu ailleurs, dans un Etat dont la compétence pénale s'imposerait tout naturellement, et que l'accusé se trouve sur le territoire de l'Etat du for, dont il est lui-même un ressortissant, ou bien que tel soit le cas de ses victimes.

6. L'activisme qui pourrait mener un Etat à rechercher hors de son territoire, par la voie d'une demande d'extradition ou d'un mandat d'arrêt international, une personne qui aurait été accusée de crimes définis en termes de droit des gens, mais *sans aucune circonstance de rattachement au for*, n'est aucunement autorisé par le droit international en son état actuel. C'est avec une forte dose de présomption qu'est posée la question de savoir si la Belgique ne serait pas «obligée» d'engager l'action pénale dans l'espèce. Ce qui n'est pas autorisé ne peut pas, à fortiori, être obligatoire. Le défendeur n'a pas apporté la preuve qu'il existe un seul autre Etat qui, dans de pareilles circonstances, aurait déjà donné libre cours à une action pénale, même si l'on fait abstraction du problème de l'immunité de l'inculpé. Il n'y a pas de «droit coutumier en formation» qui découle de l'action isolée d'un Etat ; il n'y a pas, à l'état embryonnaire, de règle coutumière en gestation, même si la Cour, en traitant la question de la compétence, acceptait de donner suite à la demande du défendeur qui la prie de ne pas enrayer le processus de formation du droit.

7. L'article 146 de la convention de Genève de 1949 (IV), sur la protection des personnes civiles en temps de guerre (article qui se trouve aussi dans les trois autres conventions de 1949), est, de toutes les normes du droit conventionnel existant, celle dont le texte serait le plus susceptible de conforter le point de vue du défendeur lorsqu'il fonde l'exercice de la juridiction pénale sur la seule base du principe de la compétence universelle. Cette disposition invite les Etats à rechercher, livrer ou juger les personnes inculpées des crimes prévus dans les conventions en cause. Néanmoins, à part le fait que le cas d'espèce échappe au strict champ

solely on the principle of universal justice is necessarily subsidiary in nature and that there are good reasons for that. First, it is accepted that no forum is as qualified as that of the *locus delicti* to see a criminal trial through to its conclusion in the proper manner, if for no other reasons than that the evidence lies closer to hand and that that forum has greater knowledge of the accused and the victims, as well as a clearer appreciation of the full circumstances surrounding the offence. It is for political rather than practical reasons that a number of domestic systems rank, immediately after the principle of *territoriality*, a basis of criminal jurisdiction of a different kind, one which applies irrespective of the *locus delicti*: the principle of the *defence of certain legal interests* to which the State attaches particular value: the life and physical integrity of the sovereign, the national heritage, good governance.

5. With the exception of these two basic principles, complementarity is becoming the rule: in most countries, criminal proceedings are possible on the basis of the principles of *active* or *passive nationality* where crimes have been committed abroad by or against nationals of the forum State, but on condition that those crimes have not been tried elsewhere, in a State where criminal jurisdiction would more naturally lie, and provided that the accused is present on the territory of the forum State, of which either he himself or his victims are nationals.

6. In no way does international law as it now stands allow for activist intervention, whereby a State seeks out on another State's territory, by means of an extradition request or an international arrest warrant, an individual accused of crimes under public international law but having *no factual connection with the forum State*. It required considerable presumption to suggest that Belgium was "obliged" to initiate criminal proceedings in the present case. Something which is not permitted cannot, *a fortiori*, be required. Even disregarding the question of the accused's immunity, the Respondent has been unable to point to a single other State which has in similar circumstances gone ahead with a public prosecution. No "nascent customary law" derives from the isolated action of one State; there is no embryonic customary rule in the making, notwithstanding that the Court, in addressing the issue of jurisdiction, acceded to the Respondent's request not to impose any restraint on the formative process of the law.

7. Article 146 of the Fourth Geneva Convention of 1949, on the protection of civilian persons in time of war, an article which also appears in the other three 1949 Conventions, is, of all the norms of current treaty law, the one which could best support the Respondent's position founding the exercise of criminal jurisdiction solely on the basis of the principle of universal jurisdiction. That provision obliges States to search for and either hand over or try individuals accused of the crimes defined by the relevant Convention. However, quite apart from the fact that the present case does not come within the scope, as strictly defined, of the 1949 Con-

d'application des conventions de 1949, M^me^ Chemillier-Gendreau a rappelé, pour comprendre le sens de la norme, l'enseignement d'un des plus notables spécialistes du droit pénal international (et du droit international pénal), le doyen Claude Lombois :

> « Là où cette condition n'est pas formulée, on ne peut que la sous-entendre : comment un Etat pourrait-il rechercher un criminel sur un autre territoire que le sien ? Le livrer, s'il n'est pas présent sur son territoire? Recherche comme livraison supposent des actes de contrainte, liés à des prérogatives de puissance publique souveraine, qui ont le territoire pour limite spatiale. »[1]

8. Il est impératif que tout Etat se demande, avant d'essayer de faire avancer le droit des gens dans une direction qui va à l'opposé de certains principes qui régissent encore de nos jours les relations internationales, quelles seraient les conséquences de la conversion d'autres Etats, éventuellement d'un grand nombre d'autres Etats à une pareille pratique. Cela n'est pas sans raison que les Parties ont discuté devant la Cour la question de savoir quelle aurait été la réaction de certains pays européens si un juge du Congo avait inculpé leurs gouvernants pour des crimes supposés commis par eux ou sur leurs ordres en Afrique[2].

9. Une hypothèse encore plus adéquate pourrait servir de contrepoint au cas d'espèce. Il y a bien des juges dans l'hémisphère Sud, non moins qualifiés que M. Vandermeersch et comme lui imbus de bonne foi et d'un amour profond des droits de l'homme et des droits des peuples, qui n'hésiteraient point à lancer des actions pénales contre plusieurs gouvernants de l'hémisphère Nord au titre d'épisodes militaires récents, survenus tous au nord de l'équateur. Leur connaissance des faits n'est pas moins complète ni moins impartiale que celle que le for de Bruxelles entend posséder sur les événements de Kinshasa. Pourquoi ces juges font-ils preuve de retenue ? Parce qu'ils ont conscience de ce que le droit international n'autorise pas l'affirmation d'une compétence pénale dans un tel cadre. Parce qu'ils savent que leurs gouvernements nationaux, à la lumière de cette réalité juridique, n'appuieraient jamais, sur le plan international, de telles initiatives. Si l'application du principe de la compétence universelle ne présuppose pas la présence de la personne accusée sur le territoire de l'Etat du for, toute coordination devient impossible et c'est bien le système international de coopération pour la répression du crime qui s'effondre[3]. Il importe que le règlement, sur le plan interne, de questions de cet ordre et par conséquent la conduite des autorités de chaque Etat s'accordent avec l'idée d'une société internationale décentralisée, fondée sur le principe de l'égalité de ses membres et appelant nécessai-

[1] CR 2001/6, p. 31.

[2] CR 2001/6, p. 28 (M^me^ Chemillier-Gendreau); CR 2001/9, p. 12-13 (M. Eric David).

[3] Notez, pour ce qui est du stade actuel du principe de la compétence universelle, que les Etats négociateurs du traité de Rome ont évité d'attacher à ce principe la compétence de la future Cour pénale internationale.

ventions, we must also bear in mind, as Ms Chemillier-Gendreau recalled in order to clarify the provision's meaning, the point made by one of the most distinguished specialists in international criminal law (and in the criminal aspects of international law), Professor Claude Lombois:

> "Wherever that condition is not put into words, it must be taken to be implied: how could a State search for a criminal in a territory other than its own? How could it hand him over if he were not present in its territory? Both searching and handing over presuppose coercive acts, linked to the prerogatives of sovereign authority, the spatial limits of which are defined by the territory."[1]

8. It is essential that all States ask themselves, before attempting to steer public international law in a direction conflicting with certain principles which still govern contemporary international relations, what the consequences would be should other States, and possibly a large number of other States, adopt such a practice. Thus it was apt for the Parties to discuss before the Court what the reaction of some European countries would be if a judge in the Congo had accused their leaders of crimes purportedly committed in Africa by them or on their orders[2].

9. An even more pertinent scenario could serve as counterpoint to the present case. There are many judges in the southern hemisphere, no less qualified than Mr. Vandermeersch, and, like him, imbued with good faith and a deep attachment to human rights and peoples' rights, who would not hesitate for one instant to launch criminal proceedings against various leaders in the northern hemisphere in relation to recent military episodes, all of which have occurred north of the equator. Their knowledge of the facts is no less complete, or less impartial, than the knowledge which the court in Brussels thinks it possesses about events in Kinshasa. Why do these judges show restraint? Because they are aware that international law does not permit the assertion of criminal jurisdiction in such circumstances. Because they know that their national Governments, in light of this legal reality, would never support such action at international level. If the application of the principle of universal jurisdiction does not presuppose that the accused be present on the territory of the forum State, co-ordination becomes totally impossible, leading to the collapse of the international system of co-operation for the prosecution of crime[3]. It is important that the domestic treatment of issues of this kind, and hence the conduct of the authorities of each State, should accord with the notion of a decentralized international community, founded on the principle of the equality of its members and necessarily requiring the

[1] CR 2001/6, p. 31.
[2] CR 2001/6, p. 28 (Ms Chemillier-Gendreau); CR 2001/9, pp. 12-13 (Mr. Eric David).
[3] As regards the current status of the principle of universal jurisdiction, note that the States which negotiated the Rome Treaty avoided extending this principle to the jurisdiction of the future International Criminal Court.

DISSENTING OPINION OF JUDGE AL-KHASAWNEH

Immunity of a Foreign Minister functional — Its extent is not clear — Different from diplomatic representatives — Also different from Heads of State — Ministers entitled to immunity from enforcement when on official missions — But not on private visits — Belgian warrant did not violate Mr. Yerodia's immunity — Express language on non-enforceability when on official mission — Circulation of warrant not accompanied by Red Notice — More fundamental question is whether there are exceptions in the case of grave crimes — Immunity and impunity — Distinction between procedural and substantive aspects of immunity artificial — Cases postulated by the Court do not address questions of impunity adequately — Effective combating of grave international crimes has assumed a jus cogens *character — Should prevail over rules on immunity — Development in the field of jurisdictional immunities relevant — Two faulty premises — Absolute immunity — No exception — Dissent.*

1. As a general proposition it may be said without too much fear of contradiction that the effective conduct of diplomacy — the importance of which for the maintenance of peaceful relations among States needs hardly to be demonstrated — requires that those engaged in such conduct be given appropriate immunities from — *inter alia* — criminal proceedings before the courts of other States. The nature and extent of such immunities has been clarified in the case of diplomatic representatives in the 1961 Vienna Convention, as well as in extensive jurisprudence since the adoption of that Convention. By contrast, and this is not without irony, the nature and extent of immunities enjoyed by Foreign Ministers is far from clear, so much so that the ILC Special Rapporteur on Jurisdictional Immunities of States and Their Property expressed the opinion that the immunities of Foreign Ministers are granted on the basis of comity rather than on the basis of established rules of international law. To be sure the Convention on Special Missions — the status of which as a reflection of customary law is however not without controversy — covers the immunities of Foreign Ministers who are on official mission, but reserves the extent of those immunities under the unhelpful formula:

> "The Head of the Government, the Minister for Foreign Affairs and other persons of high rank, when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in a third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law." (Art. 21, para. 2.)

OPINION DISSIDENTE DE M. AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Immunité d'un ministre des affaires étrangères fonctionnelle — Son étendue n'étant pas claire — Différente de celle des représentants diplomatiques — Également différente de celle des chefs d'Etat — Ministres jouissant de l'immunité d'exécution lorsqu'ils sont en mission officielle — Mais non en visite privée — Mandat belge ne violant pas l'immunité de M. Yerodia — Indication expresse de son caractère non exécutoire durant une mission officielle — Diffusion du mandat non accompagné d'une notice rouge — Question plus fondamentale, à savoir s'il y a des exceptions dans le cas des crimes graves — Immunité et impunité — Distinction entre aspects procéduraux et de fond de l'immunité artificielle — Affaires invoquées par la Cour n'examinant pas les questions d'impunité adéquatement — Lutte effective contre les crimes internationaux graves revêtant le caractère de jus cogens *— Devant primer les règles sur l'immunité — Evolution dans le domaine des immunités juridictionnelles pertinente — Deux prémisses erronées — Immunité absolue — Pas d'exception — Désaccord.*

1. On peut dire d'une manière générale sans trop craindre la contradiction que la conduite efficace de la diplomatie — dont il n'est guère besoin de démontrer l'importance pour le maintien de relations pacifiques entre les Etats — requiert que ceux qui s'y livrent reçoivent des immunités appropriées, notamment la juridiction pénale des tribunaux d'autres Etats. La nature et l'étendue de ces immunités ont été éclaircies dans le cas des représentants diplomatiques par la convention de Vienne de 1961, ainsi que par une abondante jurisprudence depuis l'adoption de cette convention. Par contre, et ceci n'est pas sans ironie, la nature et l'étendue des immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères sont loin d'être claires, à tel point que le rapporteur spécial de la CDI sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens a exprimé l'opinion selon laquelle les immunités des ministres des affaires étrangères leur sont accordées par l'effet de la courtoisie internationale et non par celui de règles établies du droit international. Certes, la convention sur les missions spéciales — dont le statut en tant qu'expression du droit coutumier n'est néanmoins pas sans susciter de controverses — couvre les immunités des ministres des affaires étrangères qui sont en mission officielle, mais réserve l'étendue de ces immunités dans une formule qui ne nous aide guère :

> « Le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international. » (*Art. 21, par. 2.*)

Nor is the situation made any clearer by the total absence of precedents with regard to the immunities of Foreign Ministers from criminal process. What is sure however is that the position of Foreign Ministers cannot be assimilated to diplomatic representatives for in the case of the latter the host State has a discretion regarding their accreditation and can also declare a representative *persona non grata*, which in itself constitutes some sanction for wrongful conduct and more importantly opens the way — assuming good faith of course — for subsequent prosecution in his/her home State. A Minister for Foreign Affairs accused of criminal conduct — and for that matter criminal conduct that infringes the interests of the community of States as a whole in terms of the gravity of the crimes he is alleged to have committed, and the importance of the interests that the community seeks to protect and who is furthermore not prosecuted in his home State — is hardly under the same conditions as a diplomatic representative granted immunity from criminal process.

2. If the immunities of a Minister for Foreign Affairs cannot be assimilated to a diplomatic representative, can those immunities be established by assimilating him to a Head of a State? Whilst a Foreign Minister is undoubtedly an important personage of the State and represents it in the conduct of its foreign relations, he does not, in any sense, personify the State. As Sir Arthur Watts correctly puts it:

> "heads of governments and foreign ministers, although senior and important figures, do not symbolize or personify their States in the way that Heads of States do. Accordingly, they do not enjoy in international law any entitlement to special treatment by virtue of qualities of sovereignty or majesty attaching to them personally." (A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, pp. 102-103).

3. Moreover, it should not be forgotten that immunity is by definition an exception from the general rule that man is responsible legally and morally for his actions. As an exception, it has to be narrowly defined.

4. A Minister for Foreign Affairs is entitled to immunity from enforcement when on official mission for the unhindered conduct of diplomacy would suffer if the case was otherwise, but the opening of criminal investigations against him can hardly be said by any objective criteria to constitute interference with the conduct of diplomacy. A faint-hearted or ultra-sensitive Minister may restrict his private travels or feel discomfort but this is a subjective element that must be discarded. The warrant

Et la situation n'est pas rendue plus claire par l'absence totale de jurisprudence en ce qui concerne l'immunité de la juridiction pénale des ministres des affaires étrangères. Ce qui est néanmoins sûr est que la position des ministres des affaires étrangères ne peut être assimilée à celle des représentants diplomatiques car, dans le cas de ces derniers, l'Etat d'accueil jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne leur accréditation et peut aussi déclarer un représentant *persona non grata*, ce qui en soi constitue une sanction pour un comportement fautif ou, plus important, ouvre la voie — en assumant la bonne foi bien entendu — à des poursuites ultérieures dans son Etat d'origine. Un ministre des affaires étrangères accusé d'un comportement criminel — et, de fait, d'un comportement criminel qui porte atteinte aux intérêts de la communauté des Etats dans son ensemble de par la gravité des crimes qu'on l'accuse d'avoir commis, et l'importance des intérêts que la communauté cherche à protéger et qui, de plus, ne fait pas l'objet de poursuites dans son Etat d'origine — est loin d'être dans la même situation qu'un représentant diplomatique à qui l'on a accordé l'immunité de la juridiction pénale.

2. Si les immunités d'un ministre des affaires étrangères ne peuvent être assimilées à celles d'un représentant diplomatique, peut-on en établir le contenu en assimilant un ministre des affaires étrangères à un chef d'Etat? Si un ministre des affaires étrangères est à n'en pas douter un important personnage de l'Etat et représente celui-ci dans la conduite de ses relations extérieures, il ne personnifie en aucune manière l'Etat. Comme sir Arthur Watts le déclare à juste titre :

> «les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, bien qu'il s'agisse de deux personnages importants et de haut rang, ne symbolisent ni ne personnifient leurs Etats comme le font les chefs d'Etat. C'est pourquoi, en droit international, ils n'ont aucun droit à un traitement spécial en vertu de qualités de souveraineté ou de majesté s'attachant à eux personnellement.» (A. Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 102-103.)

3. De plus, il ne faut pas oublier que l'immunité est par définition une exception à la règle générale qui veut qu'un être humain soit juridiquement et moralement responsable de ses actes. En tant qu'exception, elle doit être étroitement définie.

4. Un ministre des affaires étrangères a droit à l'immunité d'exécution lorsqu'il est en mission officielle car autrement la diplomatie ne pourrait être conduite sans entrave, mais on ne peut guère considérer, quels que soient les critères objectifs que l'on applique, que l'ouverture d'une enquête pénale à son encontre constitue une entrave à la conduite de la diplomatie. Un ministre craintif ou d'une sensibilité exacerbée peut restreindre ses voyages privés ou se sentir mal à l'aise, mais il s'agit là d'un

issued against Mr. Yerodia goes further than a mere opening of investigation and may arguably be seen as an enforcement measure but it contained express language to the effect that it was not to be enforced if Mr. Yerodia was on Belgian territory on an official mission. In fact press reports — not cited in the Memorials or the oral pleadings — suggest that he had paid a visit to Belgium after the issuance of the warrant and no steps were taken to enforce it. Significantly also the circulation of the international arrest warrant was not accompanied by a Red Notice requiring third States to take steps to enforce it (which only took place after Mr. Yerodia had left office) and had those States acted they would be doing so at their own risk. A breach of an obligation presupposes the existence of an obligation and in the absence of any evidence to suggest a Foreign Minister is entitled to absolute immunity, I cannot see why the Kingdom of Belgium, when we have regard to the terms of the warrant and the lack of an Interpol Red Notice was in breach of its obligations owed to the Democratic Republic of Congo.

5. A more fundamental question is whether high State officials are entitled to benefit from immunity even when they are accused of having committed exceptionally grave crimes recognized as such by the international community. In other words, should immunity become *de facto* impunity for criminal conduct as long as it was in pursuance of State policy? The Judgment sought to circumvent this morally embarrassing issue by recourse to an existing but artificially drawn distinction between immunity as a substantive defence on the one hand and immunity as a procedural defence on the other. The artificiality of this distinction can be gleaned from the ILC commentary to Article 7 of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, which states: "The absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings" — and it should not be forgotten that the draft was intended to apply to national or international courts — "is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence. It would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility."

6. Having drawn this distinction, the Judgment then went on to postulate four cases where, in an attempt at proving that immunity and impunity are not synonymous, a Minister, and by analogy a high-ranking official, would be held personally accountable:

(a) for prosecution in his/her home State;
(b) for prosecution in other States if his/her immunity had been waived;

élément subjectif qui doit être écarté. Le mandat émis à l'encontre de M. Yerodia va plus loin que la simple ouverture d'une enquête et peut raisonnablement être considéré comme une mesure d'exécution, mais il contenait des dispositions expresses selon lesquelles il ne devait pas être exécuté si M. Yerodia se trouvait sur le territoire belge en mission officielle. En fait, des articles de presse — qui n'ont été cités ni dans les mémoires ni dans les plaidoiries — donnent à penser qu'il s'est rendu en Belgique après l'émission du mandat et qu'aucune mesure n'a été prise pour exécuter celui-ci. Fait également important : la diffusion du mandat d'arrêt international n'était pas accompagnée d'une notice rouge demandant aux Etats tiers de prendre des mesures pour l'exécuter (ce qui ne s'est produit qu'après que M. Yerodia a quitté ses fonctions) et si ces Etats avaient agi ils l'auraient fait à leurs propres risques. La violation d'une obligation présuppose l'existence d'une obligation et, en l'absence de tout élément donnant à penser qu'un ministre des affaires étrangères a droit à l'immunité absolue, je ne vois pas pourquoi le Royaume de Belgique, eu égard aux termes du mandat et à l'absence de notice rouge d'Interpol, a manqué à ses obligations envers la République démocratique du Congo.

5. Une question plus fondamentale est de savoir si les hauts responsables de l'Etat ont droit à l'immunité même lorsqu'ils sont accusés d'avoir commis des crimes exceptionnellement graves reconnus comme tels par la communauté internationale. En d'autres termes, l'immunité devrait-elle devenir une impunité *de facto* en cas de comportement criminel dès lors que ce comportement correspond à la politique de l'Etat ? L'arrêt s'efforce de contourner cette question moralement embarrassante en invoquant une distinction, existante mais artificielle, entre l'immunité en tant que moyen de défense au fond, d'une part, et l'immunité en tant que moyen de défense procédural, de l'autre. Le caractère artificiel de cette distinction ressort du commentaire de la CDI à l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui stipule : « L'absence de toute immunité procédurale permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtiment dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée » — et il ne faut pas oublier que ce texte devait être appliqué par les tribunaux nationaux et internationaux — « constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité. »

6. Ayant fait cette distinction, l'arrêt poursuit en citant quatre cas dans lesquels, s'agissant de prouver qu'immunité et impunité ne sont pas synonymes, un ministre, et par analogie une personnalité officielle, serait tenu personnellement responsable :

a) aux fins de poursuites dans son Etat d'origine;
b) aux fins de poursuites dans d'autres Etats si son immunité a été levée;

Judgment suggests. I believe that the move towards greater personal accountability represents a higher norm than the rules on immunity and should prevail over the latter. In consequence, I am unable to join the majority view.

(Signed) Awn AL-KHASAWNEH.

---

l'arrêt ne le donne à penser. J'estime que la tendance en faveur d'une responsabilité personnelle plus étendue représente une norme plus élevée que les règles sur l'immunité et devrait prévaloir sur elles. En conséquence, je ne suis pas en mesure de faire mienne l'opinion majoritaire.

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.

---

peut se fixer divers objectifs[2]. Sans verser dans de tels travers, il m'est ainsi loisible de développer de manière raisonnable mon argumentation juridique. D'une part, il me paraît que le raccourci des faits présentés par les Parties en litige ne laisse apparaître que la face visible de l'iceberg. Il expose à une lecture en surface d'une affaire relevant d'un vaste contentieux. D'autre part, les circonstances immédiates ainsi présentées ont, en partie, conduit la Cour à ne pas examiner en profondeur la question fondamentale de l'indépendance du Congo, ancienne et unique colonie de la Belgique, vis-à-vis de cette dernière. La mention relative à l'égalité souveraine, martelée successivement à l'occasion de la phase conservatoire et lors de la phase du fond par deux conseils du Congo, membres du gouvernement, invite à regarder les choses en profondeur. Elle est réitérée dans les conclusions finales. N'est-elle pas à la base de la désignation des juges *ad hoc*, d'abord par le défendeur, ensuite par le demandeur!

3. La doctrine impose particulièrement aux juges *ad hoc* le fardeau de contribuer au rétablissement objectif et impartial des faits ainsi que de présenter la conception juridique de chaque partie au différend[3]. De l'avis de E. Lauterpacht, il incombe au juge *ad hoc* de

> «veiller à ce que, dans toute la mesure possible, chacun des arguments pertinents de la partie qui l'a désigné ait été pleinement pris en considération au cours de l'examen collégial et soit, en fin de compte, reflété — à défaut d'être accepté — dans sa propre opinion individuelle ou dissidente»[4].

4. Se plier à une telle obligation ne rapproche guère le juge *ad hoc* d'un représentant d'un Etat[5]. Au demeurant, il ne s'agit point d'une représentation nationale mais d'une «présence nationale»[6] par ailleurs permanente pour les membres permanents du Conseil de sécurité. Concernant le rôle du juge *ad hoc*, J. G. Merrills estime que l'institution «établit un lien important entre les parties et la Cour». Dans ces conditions, «l'institution du juge *ad hoc*, en tant qu'elle reflète «l'incidence de considérations métajuridiques sur le règlement des différends internationaux», reste peut-être trop utile pour que l'on puisse s'en dispenser»[7].

5. Naturellement, je suis d'accord, en ma qualité de juge *ad hoc* avec,

---

[2] Voir, sur ce point, Charles Rousseau, *Droit international public*, t. V, «Les rapports conflictuels», 1983, p. 463.

[3] Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 1999, p. 855, par. 541; E. McWhinney, *Les Nations Unies et la formation du droit*, 1986, p. 150.

[4] E. Lauterpacht, opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 17 décembre 1997 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 278.

[5] Voir la communication de E. Lauterpacht, «The Role of *ad hoc* Judges», dans *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, 1997, p. 374.

[6] Voir le commentaire de Krzystof Skubiszewski, *ibid.*, p. 378. *[Traduction du Greffe.]*

[7] J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 3e éd., 1998, p. 139. *[Traduction du Greffe.]*

they can be written with a variety of aims in view[2]. Thus it is open to me, without carrying matters to excess, to develop my argument to a reasonable extent. On the one hand, it seems to me that the summary version of the facts presented by the opposing Parties reveals only the visible face of the iceberg. It permits a superficial reading of a case forming part of a far wider dispute. On the other, it was in part the immediate circumstances as thus presented to it which led the Court not to examine in depth the fundamental issue of the independence of the Congo, Belgium's former and sole colony, vis-à-vis the latter. The reference to sovereign equality, successively belaboured both at the provisional measures phase and then at the merits stage by two of Congo's counsel, both members of the Government, is a call to examine the matter in depth. It is repeated in the final submissions. And it surely underlies the choice of judges *ad hoc*, first by the Respondent, then by the Applicant!

3. In doctrine, judges *ad hoc* have the particular duty of contributing to an objective and impartial establishment of the facts and of presenting the conception of the law held by each party to the dispute[3]. In Judge Lauterpacht's view, an *ad hoc* judge has an obligation to

> "endeavour to ensure that, so far as is reasonable, every relevant argument in favour of the party that has appointed him has been fully appreciated in the course of collegial consideration and, ultimately, is reflected — though not necessarily accepted — in any separate or dissenting opinion that he may write"[4].

4. Fulfilment of such an obligation does not in any sense assimilate a judge *ad hoc* to a representative of a State[5]. Further, his is in no sense a national representation but a "national presence"[6], which is, moreover, a permanent one for the permanent members of the Security Council. J. G. Merrills takes the view that the institution of judge *ad hoc* "provides an important link between the parties and the Court". In these circumstances, "the institution of the *ad hoc* judge reflecting, as it does, 'the incidence of metajuridical considerations in the functioning of international adjudication' is perhaps still too useful to be dispensed with"[7].

5. Naturally I am in agreement, in my capacity as judge *ad hoc*, with

---

[2] See on this point, Charles Rousseau, *Droit international public*, Vol. V, "Les rapports conflictuels", 1983, p. 463.

[3] Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public*, 1999, p. 855, para. 541; E. McWhinney, *Les Nations Unies et la formation du droit*, 1986, p. 150.

[4] Judge Lauterpacht, separate opinion appended to the Order of 17 December 1997 in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia* v. *Yugoslavia)*, *I.C.J. Reports 1997*, p. 278.

[5] See the communication of E. Lauterpacht, "The Role of *ad hoc* Judges", in *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, 1997, p. 374.

[6] See the commentary of Krzystof Skubiszewski, *ibid.*, p. 378.

[7] J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 3rd ed., 1998, p. 139.

(c) after he/she leaves office except for official acts committed while in office;

(d) for prosecution before an international court.

This paragraph (Judgment, para. 61) is more notable for the things it does not say than for the things it does: as far as prosecution at home and waiver are concerned, clearly the problem arises when they do not take place. With regard to former high-ranking officials the question of impunity remains with regard to official acts, the fact that most grave crimes are definitionally State acts makes this more than a theoretical lacuna. Lastly with regard to existing international courts their jurisdiction *ratione materiae* is limited to the two cases of the former Yugoslavia and Rwanda and the future international court's jurisdiction is limited *ratione temporis* by non-retroactivity as well as by the fact that primary responsibility for prosecution remains with States. The Judgment cannot dispose of the problem of impunity by referral to a prospective international criminal court or existing ones.

7. The effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail. Even if we are to speak in terms of reconciliation of the two sets of rules, this would suggest to me a much more restrictive interpretation of the immunities of high-ranking officials than the Judgment portrays. Incidentally, such a restrictive approach would be much more in consonance with the now firmly established move towards a restrictive concept of State immunity, a move that has removed the bar regarding the submission of States to jurisdiction of other States often expressed in the maxim *par in parem non habet imperium*. It is difficult to see why States would accept that their conduct with regard to important areas of their development be open to foreign judicial proceedings but not the criminal conduct of their officials.

8. In conclusion, this Judgment is predicated on two faulty premises:

(a) that a Foreign Minister enjoys absolute immunity from both jurisdiction and enforcement of foreign States as opposed to only functional immunity from enforcement when on official mission, a proposition which is neither supported by precedent, *opinio juris*, legal logic or the writings of publicists;

(b) that as international law stands today, there are no exceptions to the immunity of high-ranking State officials even when they are accused of grave crimes. While, admittedly, the readiness of States and municipal courts to admit of exceptions is still at a very nebulous stage of development, the situation is much more fluid than the

c) après qu'il a quitté ses fonctions, excepté pour des actes officiels commis alors qu'il était en fonction;

d) aux fins de poursuites devant une juridiction internationale.

Ce paragraphe (arrêt, par. 61) est plus remarquable par les choses qu'il ne dit pas que par celles qu'il dit : pour ce qui est des poursuites dans le pays d'origine et de la levée de l'immunité, il est clair que le problème se pose lorsqu'elles n'interviennent pas. S'agissant d'anciens hauts dignitaires, la question de l'impunité demeure pour ce qui est des actes officiels, et le fait que la plupart des crimes graves sont par définition des actes de l'Etat fait qu'il s'agit d'une lacune plus que théorique. Enfin, en ce qui concerne les juridictions internationales existantes, leur compétence *ratione materiae* est limitée aux deux cas de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda et la compétence de la future cour internationale est limitée *ratione temporis* par la non-rétroactivité et par le fait que c'est aux Etats qu'il incombe au premier chef d'engager les poursuites. L'arrêt ne peut se débarrasser du problème de l'impunité en renvoyant à une future cour pénale internationale ou à celles qui existent.

7. On peut arguer que la lutte effective contre les crimes graves revêt désormais le caractère de *jus cogens*, ce qui reflète la reconnaissance par la communauté internationale des intérêts et valeurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir. Même si l'on parle de concilier les deux séries de règles, il me semble que l'interprétation des immunités des responsables de haut rang devrait être beaucoup plus restrictive que celle que retient l'arrêt. Incidemment, cette approche restrictive serait beaucoup plus conforme à la tendance maintenant fermement établie en faveur d'une notion restrictive de l'immunité de l'Etat, une tendance qui a éliminé l'obstacle concernant la soumission des Etats à la juridiction d'autres Etats souvent exprimé par la maxime *par in parem non habet imperium*. On voit mal pourquoi les Etats accepteraient que leur comportement concernant des domaines importants de leur développement, mais non le comportement criminel de leurs agents, puisse faire l'objet de procédures judiciaires à l'étranger.

8. En conclusion, le présent arrêt repose sur deux prémisses erronées :

a) qu'un ministre des affaires étrangères jouit d'une immunité absolue tant de la juridiction que de l'exécution des Etats étrangers, par opposition à l'immunité d'exécution uniquement fonctionnelle quand il est en visite officielle, une proposition qui n'est étayée ni par la jurisprudence, ni par l'*opinio juris*, ni par la logique juridique, ni par la doctrine;

b) que, dans l'état actuel du droit international, il n'y a pas d'exceptions à l'immunité des hauts dignitaires de l'Etat même lorsqu'ils sont accusés de crimes graves. Si, certes, le désir des Etats et des tribunaux internes d'admettre des exceptions en est encore à un stade de développement très nébuleux, la situation est beaucoup plus fluide que

OPINION INDIVIDUELLE DE M. BULA-BULA

Rétablissement des faits, médiats et immédiats — Décolonisation — Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes — Egalité souveraine des Etats — Intervention dans les affaires intérieures — Agression armée — Droit international humanitaire — Immunités du ministre des affaires étrangères — Immunité et impunité — Objet et persistance du différend — Recevabilité d'une requête — Allégation de compétence universelle — Règle non ultra petita *— Droit international coutumier — Exception —* Opinio juris *et pratique internationale — Fait internationalement illicite — Conception africaine — Dignité d'un peuple — Responsabilité internationale — Dommage moral — Réparation — Bonne foi — Développement du droit international — Communauté internationale — Enseignement du droit international.*

1. Puisque l'arrêt de principe du 14 février 2002 dit le droit et tranche le différend qui opposait la République démocratique du Congo (ci-après dénommée le «Congo») au Royaume de Belgique (ci-après dénommé la «Belgique»), puisque cette décision judiciaire sans précédent en la matière codifie et développe le droit international contemporain, puisque la Cour vient ainsi d'imposer la force du droit contre le droit de la force au sein de la «communauté internationale» qu'elle s'attache à construire au fil des ans; j'appuie pleinement sans réserve tout le dispositif de l'arrêt.

2. Néanmoins, je voudrais ici souligner d'autres motifs de fait et de droit qui me paraissent compléter et conforter cette œuvre collective. Mon opinion se justifie aussi par le devoir particulier que me dicte ma qualité de juge *ad hoc*. Il n'est pas certain qu'une «opinion» obéisse à des règles rigides. Sans doute ne doit-elle pas traiter des questions sans rapport avec l'une ou l'autre partie de l'arrêt. Sous cette réserve, la liberté semble caractériser la pratique judiciaire. Non seulement il arrive que le volume du propos excède la longueur de l'arrêt lui-même[1], mais encore il

[1] Comparer l'arrêt du 5 février 1970 en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (49 pages) avec l'opinion de MM. Ammoun (48 pages), Tanaka (47 pages), Fitzmaurice (50 pages) et Jessup (61 pages); l'avis du 21 juin 1971 en l'affaire du *Sud-Ouest africain* (43 pages) avec l'opinion de Fitzmaurice (103 pages); l'arrêt du 27 juin 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (137 pages), avec l'opinion de S. M. Schwebel (269 pages); l'arrêt du 26 juin 1992 sur *Certaines terres à phosphate à Nauru (Nauru c. Australie)* (30 pages) avec l'opinion de M. Shahabuddeen (31 pages); l'arrêt du 14 juin 1993 en l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)* (41 pages) avec l'opinion de M. Shahabuddeen (81 pages); l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (77 pages) avec l'opinion de S. Oda (121 pages); l'arrêt du 12 décembre 1996 en l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (19 pages) avec l'opinion de M. Shahabuddeen (20 pages).

SEPARATE OPINION OF JUDGE BULA-BULA

[Translation]

Establishment of the facts, mediate and immediate — Decolonization — Right of peoples to self-determination — Sovereign equality of States — Interference in domestic affairs — Armed aggression — International humanitarian law — Immunities of a Minister for Foreign Affairs — Immunity and impunity — Subject-matter and persistence of the dispute — Admissibility of an application — Claim to universal jurisdiction — Non ultra petita *rule — International customary law — Exception —* Opinio juris *and international practice — Internationally wrongful act — African conception — A people's dignity — International responsibility — Moral injury — Reparation — Good faith — Development of international law — The international community — Lessons of international law.*

1. Given that the landmark Judgment of 14 February 2002 declares the law and settles the dispute between the Democratic Republic of the Congo (hereinafter "the Congo") and the Kingdom of Belgium (hereinafter "Belgium"); that this judicial decision is without precedent in the field and codifies and develops contemporary international law; and that the Court has thus imposed the force of law upon the law of force within the "international community" which it has been at pains to establish over the years: I fully and unreservedly support the entire operative part of the Judgment.

2. I would nonetheless like to emphasize here other grounds of fact and law which seem to me to supplement and strengthen this collective decision. My opinion is also justified by the particular duty incumbent upon me in my capacity as judge *ad hoc*. An "opinion" does not necessarily obey rigid rules. Doubtless it must not address questions which bear no relation to any part of the Judgment. Subject to this, the traditional practice would seem to be characterized by its freedom. Not only does the length of opinions sometimes exceed that of the Judgment itself[1], but also

[1] Compare the Judgment of 5 February 1970 in the case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (49 pages) with the opinions of Judges Ammoun (48 pages), Tanaka (47 pages), Fitzmaurice (50 pages) and Jessup (61 pages); the Advisory Opinion of 21 June 1971 in the *South West Africa* case (43 pages) with the opinion of Judge Fitzmaurice (103 pages); the Judgment of 27 June 1986 in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)* (137 pages), with the opinion of Judge Schwebel (269 pages); the Judgment of 16 June 1992 in the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru* v. *Australia)* (30 pages) with the opinion of Judge Shahabuddeen (31 pages); the Judgment of 3 June 1993 in the case concerning *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark* v. *Norway)* (41 pages) with the opinion of Judge Shahabuddeen (81 pages); the Judgment of 24 February 1982 in the case concerning the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* (77 pages) with the opinion of Judge Oda (121 pages); the Judgment of 12 December 1996 in the case concerning *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran* v. *United States of America)* (19 pages) with the opinion of Judge Shahabuddeen (20 pages).

ments et notamment de ceux qui défendent les intérêts au profit desquels la souveraineté du peuple zaïrois est aliénée.»[22]

C'est ainsi qu'il a été établi, entre autres, «la responsabilité ... de la Belgique»[23]. Le dispositif conclut que nombre des faits jugés «constituent des crimes contre le peuple zaïrois»[24]. Examinant, entre autres, la valeur juridique des décisions de ce tribunal d'opinion, des auteurs concluent que «pareille condamnation est un premier pas vers la réparation»[25].

13. Plus récemment, la commission de l'Organisation des Nations Unies chargée d'enquêter sur l'exploitation illégale des ressources naturelles du Congo a mis en cause, entre autres, des sociétés belges en territoires occupés. La «neutralité» revendiquée par les autorités belges en place face à l'agression armée[26] subie par le Congo depuis le 2 août 1998 ne pourrait-elle pas être mise à mal par la participation des groupements privés ou des organismes parastataux belges au pillage des ressources naturelles du Congo d'après une enquête de l'ONU[27]? D'autant plus que la commission établit un lien entre cette exploitation illégale et la poursuite[28] de la guerre.

14. Les circonstances immédiates qui ont occasionné l'émission du mandat ont été amplement présentées de manière contradictoire par les Parties. Il serait futile d'y revenir. Néanmoins, il est des questions pertinentes que soulève cette affaire. Pourquoi la quasi-totalité des personnalités prévenues devant la justice belge, y compris M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, appartiennent essentiellement à une tendance politique évincée en 1960 et réapparue au pouvoir en 1997 à la faveur de circonstances diverses? Pourquoi l'Etat défendeur n'exerce-t-il pas sa compétence territoriale en poursuivant les sociétés belges établies sur son sol suspectées d'activités illicites en zones d'occupation étrangère au Congo?

15. Tels sont quelques éléments de fait arpentés sur plus de quatre décades qui permettent de juger du comportement respectif des Parties au litige tranché. Ils doivent être mis en regard avec la plaidoirie finale de la

---

[22] *Op. cit.*, note 20, ci-dessus, p. 30.

[23] *Ibid.*, p. 32.

[24] *Ibid.*, p. 34.

[25] B. H. Weston, R. A. Falk et A. d'Amato, *International Law and World Order*, 2e éd., p. 1286. *[Traduction du Greffe.]*

[26] Au sens de l'article 51 de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, précisé par l'article 3 de la résolution 3314 du 14 décembre 1974, confirmé en tant que norme coutumière par l'arrêt de la Cour du 27 juin 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, par. 195.

[27] Voir *Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of Congo*. Sont aussi citées les sociétés belges suivantes: Cogem, Muka-Entreprise et Transintra pour la cassitérite; Chimie Pharmacie, Cogea, Finiming Ltd., Cicle International, Specialty Metal, pour le coltan; Soger, Sogem, Cogecom, Tradement, MDW pour la cassitérite et le coltan. Source: http://www.un.org/News/dh/latest/drcongo.htm.

[28] *Ibid.*, par. 109 et suiv. «Liens entre l'exploitation de ressources naturelles et la poursuite du conflit.» *[Traduction du Greffe.]*

governments, and in particular of those who defend the interests for whose benefit the Zairian people are deprived of their sovereignty."[22]

The jury thus established, *inter alia*, "the responsibility . . . of Belgium"[23]. The operative part of the judgment finds that a number of the charges "constitute crimes against the Zairian people"[24]. Examining *inter alia* the legal force of the decisions of this "court of public opinion", some writers have concluded that "such a condemnation is a first step towards reparation"[25].

13. More recently, the United Nations Commission responsible for investigating the illegal exploitation of the natural resources of the Congo cited, among others, Belgian companies in occupied territories. Could it not be that the purported "neutrality" of the local Belgian authorities in the face of the armed aggression[26] suffered by the Congo since 2 August 1998 is being undermined by the participation of private groups or Belgian parastatal entities in the looting of the natural resources of the Congo, as established by a United Nations investigation[27]? All the more so in that the investigation has established a link between that illegal exploitation and the continuation of the war[28].

14. The immediate circumstances which gave rise to the issue of the warrant were amply debated by the Parties. It would be pointless to go over them again. Nonetheless, there are pertinent questions raised by this case. Why is it that virtually all of those charged before the Belgian courts, including Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, belong essentially to a political tendency that was ousted in 1960 and, thanks to a variety of circumstances, regained power in 1997? Why does the respondent State not exercise its territorial jurisdiction by prosecuting Belgian companies established on its territory suspected of illegal activities in areas of foreign occupation within the Congo?

15. These are some of the facts emerging from a rapid survey covering more than four decades whereby the respective conducts of the Parties to the dispute before us may be judged. They should be compared with Bel-

---

[22] *Op. cit.* footnote 20 *supra*, p. 30.

[23] *Ibid.*, p. 32.

[24] *Ibid.*, p. 34

[25] B. H. Weston, R. A. Falk and A. d'Amato, *International Law and World Order*, 2nd ed., p. 1286.

[26] Within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter, as further defined by Article 3 of resolution 3314 of 14 December 1974 and confirmed as a rule of customary law by the Judgment of the Court of 27 June 1986 in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, para. 195.

[27] See *Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo*. Those cited include the following Belgian companies: Cogem, Muka-Enterprise and Transintra for cassiterite; Chimie Pharmacie, Cogea, Tradement, Finiming Ltd., Cicle International, Specialty Metal, for coltan; Soger, Sogem, Cogecom, Tradement, MDW, for cassiterite and coltan. Source: http://www.un.org/News/dh/latest/drcongo.htm.

[28] See *ibid.*, paras. 109 *et seq.* "Links between the exploitation of natural resources and the continuation of the conflict."

Belgique. Lorsque l'Etat défendeur conclut brillamment sa plaidoirie par l'invocation de la démocratie et des droits de l'homme qui guideraient son comportement [29], il rouvre tout de même l'une des pages les plus honteuses de la décolonisation. Dans les années soixante, de la main gauche, il a semblé octroyer l'indépendance au Congo et, de la main droite, il a en même temps virtuellement précarisé cette souveraineté et la démocratie congolaise naissante. L'écrivain Joseph Ki-Zerbo a pu écrire qu'au Congo «l'indépendance fut jetée comme un os aux indigènes pour mieux exploiter leurs divisions», soit le «modèle des indépendances empoisonnées» [30].

16. Parmi les points âprement débattus de manière contradictoire par les Parties figure la perte, à l'heure actuelle, de toute fonction gouvernementale par M. A. Yerodia Ndombasi. La situation est mise en avant par le défendeur afin d'obtenir un non-lieu de la part de la Cour. Elle serait sans effet pour l'instance de l'avis du demandeur.

17. A mon sens, l'argument tiré de la perte (et non de l'absence) de fonction gouvernementale actuellement exercée par M. Ndombasi est moralement indécent. Mais la Cour ne tranche pas les litiges sur la base d'une morale internationale chère à Nicola Politis [31]. Juridiquement cependant ce moyen invoqué devrait se retourner contre le défendeur. Puisque ce dernier lève ainsi un coin du voile sur la cause de cette situation dont le défendeur exploite à fond les effets, rien que les effets. Il est juridiquement incorrect de chercher à asseoir solidement son argumentation principale sur une grave violation du droit international (la censure de la composition du Gouvernement congolais équivaut à l'ingérence dans les affaires intérieures d'autrui) qui s'ajoute à l'atteinte portée primitivement aux immunités et à l'inviolabilité pénales de la personne du ministre des affaires étrangères. Les écritures et les plaidoiries du demandeur (lors de la phase «conservatoire» et lors de la phase du fond) ont dénoncé ce fait sans être véritablement contredites par le défendeur. La Cour a été témoin de cette déchéance d'un organe de l'Etat congolais survenu non seulement après la saisine (17 octobre 2000); mais encore le limogeage a eu lieu le jour de l'ouverture des audiences de la phase conservatoire (20 novembre 2000) et le départ du gouvernement peu après (14 avril 2001). Depuis toute nomination nouvelle de l'intéressé, pourtant sans cesse annoncée par la presse, est repoussée apparemment à cause des pressions illicites du défendeur.

18. Il est du devoir de la Cour, garant de l'intégrité du droit international [32], de sanctionner ce double comportement illicite du défendeur stigmatisé par le demandeur dans ses conclusions finales.

---

[29] Voir plaidoiries de la Belgique, CR 2001/11, p. 17-18, par. 8, 9 et 11.

[30] Joseph Ki-Zerbo, préface à l'ouvrage d'Ahamadou A. Dicko, *Journal d'une défaite. Autour du référendum du 28 septembre 1958 en Afrique noire*, 1992, p. XIV.

[31] Nicola Politis, *La morale internationale*, 1943, p. 179.

[32] *Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1949*, p. 35.

gium's closing speech. Even as the respondent State brings its peroration to a glowing close with an invocation of the democracy and human rights which purportedly guided its conduct[29], at the same time it reopens one of the most shameful pages in the history of decolonization. In the 1960s, it appeared to grant the Congo its independence while, with the right hand, it was at the same time virtually ensuring the destabilization of that sovereignty and of the new-born Congolese democracy. The author Joseph Ki-Zerbo was able to write that, in the Congo, "independence was thrown like a bone to the natives in order the better to exploit their divisions, . . . the model for poisoned grants of independence"[30].

16. One of the points hotly debated by the Parties is Mr. Ndombasi's current loss of any governmental post. The Respondent relied on this fact in order to secure dismissal of the case by the Court, while the Applicant contended that it has no effect on the proceedings.

17. In my view, the argument deriving from the loss (and not the absence) of any current governmental function on Mr. Ndombasi's part is morally indecent. But the Court does not decide disputes on the basis of international morality, so dear to Nicolas Politis[31]. Legally, however, this argument should rebound against the Respondent, who has raised a mere corner of the veil over the cause of this situation, while exploiting its effects — and only those effects — to the full. It is juridically improper to seek to ground one's principal argument on a serious violation of international law (exercise of a right of censorship over the composition of the Congolese Government amounts to interference in the internal affairs of another State), which aggravates the original infringement of the criminal immunities and inviolability of the person of the Minister for Foreign Affairs. The Applicant's written pleadings and oral arguments (during both the "provisional" and the merits phase) denounced this fact and were not effectively rebutted by the Respondent. The Court was witness to this dismissal of a representative of the Congolese State, which occurred not only after the matter had been referred to the Court (17 October 2000), but, what is more, the demotion took place the day the hearings opened in the provisional phase (20 November 2000), and Mr. Ndombasi left the Government altogether not long afterwards (14 April 2001). Since that time his reappointment, although constantly announced in the press, has been resisted, apparently because of unlawful pressure exerted by the Respondent.

18. It is the duty of the Court, as guarantor of the integrity of international law[32], to sanction this doubly unlawful conduct on the part of the Respondent, denounced by the Applicant in its final submissions.

---

[29] See Belgium's oral argument, CR 2001/11, pp. 17-18, paras. 8, 9 and 11.

[30] Joseph Ki-Zerbo, Preface to Ahamadou A. Dicko's *Journal d'une défaite. Autour du référendum du 28 Septembre 1958 en Afrique noire*, 1992, p. XIV.

[31] Nicolas Politis, *La morale internationale*, 1943, p. 179.

[32] *Corfu Channel, I.C.J. Reports 1949*, p. 35.

«à tout le moins, la position de base de l'Etat qui a procédé à la désignation (compétence, recevabilité, principes essentiels du fond)»[8]. Autrement, comment aurais-je accepté la proposition de cette charge? Le consentement donné à cette dernière signifie bien sûr «une certaine réceptivité [du juge désigné] ... à l'argumentation qui lui a été soumise»[9]. D'autre part, il m'a paru intéressant, comme juge *ad hoc*, d'exprimer mon opinion dans les deux phases qu'a connues cette affaire[10]. Il en résulte à mon sens une meilleure intelligence de l'analyse.

6. A grandes enjambées et par respect pour la Cour et sa méthodologie de travail, je me bornerai à rappeler très succinctement à partir des sources belges, congolaises, transnationales et internationales, quelques données factuelles médiates et immédiates qui constituent la toile de fond de l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. A travers ces mentions brèves, je souhaite à la fois conjurer le passé et promouvoir entre l'Etat demandeur et l'Etat défendeur, intimement liés par l'histoire, la mise en œuvre effective du principe de *l'égalité souveraine entre les Etats*.

7. S'adressant aux Congolais à Kinshasa, le 30 juin 2001, quarante et unième anniversaire de l'indépendance du pays, le premier ministre belge déclara:

> «Vous êtes une part importante de notre passé. Des liens particuliers très forts unissent nos deux pays. Des liens fondés sur des rapports tantôt douloureux, tantôt prometteurs; tantôt confiants, tantôt circonspects... Ce qui nous unit, vous le savez, nous le savons, relève de ce miroir intérieur qu'est notre bonne ou notre mauvaise conscience, cette frontière entre le bien et le mal, entre la bonne intention et la maladresse... Je veux dire au peuple congolais, où qu'il vive sur ce grand territoire, que nous savons sa douleur et les épreuves endurées.»

Rarement de tels propos ont été publiquement tenus par le chef du gouvernement d'une ancienne puissance coloniale quatre décennies après la décolonisation. A tort ou à raison, il faut peut-être chercher dans les conditions d'une décolonisation singulière aux séquelles toujours présentes, y compris dans la présente affaire, la justification de ce propos.

8. La relecture de l'histoire du Congo décolonisé[11] à laquelle s'est

[8] Voir le commentaire de Krzystof Skubiszewski, *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, *loc. cit.*, p. 378. *[Traduction du Greffe.]*

[9] Voir l'intervention de Hugh W. A. Thirlway, *ibid.*, p. 393. *[Traduction du Greffe.]*

[10] Selon le commentaire d'A. Pellet, *ibid.*, «il est très apprécié des juges *ad hoc* qu'ils expriment leur point de vue au cours des différentes phases de l'affaire», p. 395. *[Traduction du Greffe.]*

[11] Les événements tragiques qui ont marqué la décolonisation du Congo ont amené l'Organisation des Nations Unies à mettre à contribution la Cour. Voir S. Rosenne, «La Cour internationale de Justice en 1961», *Revue générale de droit international public*, 3e série, t. XXXIII, octobre-décembre 1962, n° 4, p. 703.

"at least the basic stance of the appointing State (jurisdiction, admissibility, fundamentals of the merits)"[8]. Otherwise, how could I have accepted the proposed appointment? My consent of course means that "there is a certain understanding . . . for the case that has been put in front of him"[9]. Moreover, it seemed to me helpful, as judge *ad hoc*, to give an opinion in both of the phases undergone by this case[10], thus, in my view, making the reasoning more readily understandable.

6. Covering a great deal of ground, and out of regard for the Court and its working methods, I will confine myself to recalling very concisely, from Belgian, Congolese, transnational and international sources, certain factual data, of both indirect and direct relevance, which make up the background to the case concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000*. Through these brief references, I seek both to exorcize the past and to foster between the Applicant and the Respondent, States intimately linked by history, effective implementation of the principle of *sovereign equality between States*.

7. Addressing the Congolese people at Kinshasa on 30 June 1991, forty-first anniversary of the country's independence, the Belgian Prime Minister declared:

> "You are an important part of our past. Special, particularly strong links unite our two countries. Links based on a relationship marked by pain, by promise, by prudence . . . What unites us — you know it, we know it — is reflected in the external mirror constituted by our good or our bad conscience, the boundary between good and evil, between good intentions and blunders . . . I wish to say to the Congolese people, wheresoever they may be on this vast territory, that we are aware of their pain and of the suffering they have endured."

Rarely have such views been publicly expressed by the head of the government of a former colonial power four decades after decolonization. Wrongly or rightly, it is perhaps in the circumstances of a very particular act of decolonization, whose consequences are still with us today, including in the present case, that the justification for these views is to be sought.

8. Rereading the account of the decolonization of the Congo[11]

[8] See the commentary of Krzystof Skubiszewski, *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, *loc. cit.*, p. 378.

[9] See the contribution of Hugh W. A. Thirlway, *ibid.*, p. 393.

[10] According to A. Pellet, *ibid.*, "judges *ad hoc* are very appreciated if they express their opinions during the various phases of the case", p. 395.

[11] The tragic events which marked the decolonization of the Congo led the United Nations to involve the Court. See S. Rosenne, "La Cour internationale de Justice en 1961", *Revue générale de droit international public*, 3rd series, Vol. XXXIII, October-December 1962, No. 4, p. 703.

création de l'Etat autonome du Sud-Kasaï. Le 8 août 1960, c'était chose faite.»[15] Sur l'assassinat du premier ministre Lumumba et de ses compagnons, il est notamment dit: «Le 16 janvier 1961 se tient une réunion à l'aéroport de Ndjili. Y prennent part MM. Nendaka, Damien Kandolo, Ferdinand Kazadi, Lahaye et les représentants de la Sabena.» Un témoin, M. Gabriel Kitenge, dira que:

> «A l'arrivée de l'avion, il n'a reconnu, des trois colis, que M. Lumumba qui, très tuméfié, tentait de s'agripper à une muraille. Tous les trois ont débarqué vivants à Elisabethville. Conduits peu après à la villa Brouwez à quelques kilomètres de l'aéroport, ils s'entretiendront avec MM. Godefroid Munongo et Jean-Baptiste Kibwe en compagnie de quelques militaires blancs...
>
> Ils seront exécutés en brousse à un kilomètre de la villa. Sous le commandement d'un officier blanc, les soldats noirs tireront d'abord sur Okito pour enfin terminer avec Lumumba.
>
> Sont présents: MM. Munongo, Kitenge, Sapwe, Muke, quatre Belges... Sur l'ordre d'un commissaire de police belge, les trois détenus seront fusillés chacun à son tour et jetés dans une fosse commune préalablement creusée.»[16]

11. En définitive, le rapport de la conférence a proposé «l'ouverture du procès». Elle a proposé que:

> «Les assassinats de Lumumba, Mpolo et Okito, bien que n'entrant pas dans les catégories définies actuellement par les Nations Unies, devraient être assimilés aux *crimes contre l'humanité*, car il s'agit de persécutions et assassinats pour des raisons politiques.»

La proposition peut ainsi stimuler la réflexion des auteurs qui décèlent des incertitudes sur le concept de crime contre l'humanité[17]. La conférence a établi la responsabilité de plusieurs personnes tant physiques que morales, nationales et étrangères. Au nombre desquelles il suffit de retenir dans le cadre de la présente affaire:

> «*Le Gouvernement du Royaume de Belgique* en tant que puissance de tutelle de n'avoir pas su contenir la sécurité bilatérale d'une indépendance bâclée par elle-même intentionnellement. L'ambiguïté de la loi fondamentale fait foi. En dépit des accords du 29 juin 1960, il n'a pas offert aux autorités légitimes qu'il avait installées au Congo

---

[15] *Op. cit.*, note 13, ci-dessus, p. 26.

[16] *Ibid.*, p. 40.

[17] Voir G. Abi-Saab, «International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law», *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, 1999, p. 651. Voir aussi E. Roucounas, «Time Limitations for Claims and Actions under International Law», *ibid.*, p. 223-240.

was behind the creation of the autonomous State of South Kasai. By 8 August 1960, it was a fait accompli."[15] In regard to the murder of Prime Minister Lumumba and his companions, the report *inter alia* states: "On 16 January 1961 there was a meeting at Ndjili airport. Those present included Messrs. Nendaka, Damien Kandolo, Ferdinand Kazadi, Lahaye and the Sabena representatives." A witness, Mr. Gabriel Kitenge, stated the following:

> "When the aircraft arrived, he recognized only one of the three packages, Mr. Lumumba, who was covered in bruises and trying to cling to a wall. All three were unloaded alive at Elisabethville. Soon afterwards they were taken to the villa Brouwez a few kilometres from the airport, where they had a talk with Messrs. Godefroid Munongo and Jean-Baptiste Kibwe, who were together with some white soldiers . . .
>
> They were executed in the bush a kilometre from the villa. Under the command of a white officer, the black soldiers shot Okito first and finished off with Lumumba.
>
> Those present were: Messrs. Munongo, Kitenge, Sapwe, Muke, four Belgians . . . On the orders of a senior Belgian police officer, the three prisoners were shot one after the other and thrown into a common grave which had already been dug."[16]

11. The conference report concluded with a proposal for "the opening of proceedings". It stated:

> "The murders of Lumumba, Mpolo and Okito, although not falling within the categories currently defined by the United Nations, should be assimilated to *crimes against humanity*, for these were acts of persecution and murder for political reasons."

This proposal may thus stimulate reflection on the part of writers who note uncertainties in the notion of crime against humanity[17]. The conference established responsibility on the part of a number of persons both natural and legal, domestic and foreign. Of whom, for purposes of this case it suffices to note the following:

> "*The Government of the Kingdom of Belgium* as protecting power for having failed to ensure bilateral security for an independence deliberately rushed through by it in a perfunctory manner. The ambiguous nature of the Basic Law is self-evident. Despite the agreement of 29 June 1960, Belgium did not provide the lawful authorities

[15] *Op cit.* footnote 13 *supra*, p. 26.
[16] *Ibid.*, p. 40.
[17] See G. Abi Saab, "International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law", *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, 1999, p. 651. See also E. Roucounas, "Time Limitations for Claims and Actions under International Law", *ibid.*, pp. 223-240.

livrée l'une de la quarantaine des conférences politiques de réconciliation[12] nous apprend:

> «Victorieux des élections législatives, Patrice Emery Lumumba, après consultation des principaux partis et personnalités politiques de l'époque, forma le gouvernement.
>
> En date du 23 juin 1960, il obtient la confiance du Parlement, et ce bien avant l'élection par celui-ci du chef de l'Etat Kasavubu grâce à la majorité lumumbiste.
>
> En moins d'une semaine après le 30 juin 1960, soit le 4 juillet, éclate la mutinerie de la force publique. Suite à l'équation provocatrice du général Janssens aux militaires, savoir, «après l'indépendance égale avant l'indépendance», les troubles s'attisent. Le Katanga proclame sa sécession le 11 juillet 1960 et le Sud-Kasaï son autonomie le 8 août 1960. Il y a effondrement de l'administration territoriale et militaire ainsi que manque des ressources financières. La souveraineté populaire est hypothéquée.
>
> En dépit des accords de coopération signés entre le Royaume de Belgique et la jeune République, le 29 juin 1960, la crise est aggravée par l'intervention intempestive des troupes belges. Face à cette situation, le 15 juillet, le chef de l'Etat Kasavubu, garant de l'intégrité territoriale, et le premier ministre et ministre de la défense nationale Lumumba signent conjointement le télégramme faisant appel aux troupes des Nations Unies à New York ... les manœuvres diplomatiques belges feront que les Nations Unies hésitent d'intervenir...»[13]

9. A juste titre ou non, le rapport met aussi en cause la responsabilité de la Belgique dans l'éviction du premier ministre Lumumba:

> «Après l'accession de notre pays à l'indépendance ... le président Kasavubu et le premier ministre Lumumba travaillaient en harmonie. Ils avaient même effectué une tournée ensemble à Elisabethville. Je pense que les Belges étaient contre cette harmonie. C'est pourquoi ils avaient créé cette tension de division... Moi, j'ai téléphoné à Lumumba pour lui en faire part. A son tour, il a contacté le président Kasavubu. J'ai cru qu'ils avaient pris des précautions contre ces manœuvres. J'étais surpris d'entendre à la radio vers le 5 septembre 1960 la révocation de Lumumba et le même jour aussi celle de Kasavubu par Lumumba.»[14]

10. A en croire le rapport: «L'ambassadeur belge à Léo suscite la

---

[12] Dénommé «conférence nationale souveraine», le forum s'est tenu de novembre 1991 à décembre 1992. Il fut organisé par le gouvernement alors en place, sous pression de ses principaux partenaires, et financé par ceux-ci, y compris la Belgique.

[13] Conférence nationale souveraine, rapport de la commission des assassinats et des violations des droits de l'homme, p. 18-19.

[14] *Ibid.*, témoignage de M. Cléophas Kamitatu, alors président provincial de Léopoldville (Kinshasa).

prepared by one of the 40 or so political reconciliation conferences[12], we learn the following:

> "Following his victory in the legislative elections, Patrice Emery Lumumba, after consulting the main parties and political personalities at that time, formed a Government.
>
> On 23 June 1960, he obtained the confidence of Parliament, even before the latter's election of Kasavubu as Head of State, thanks to the Lumumba Party's majority.
>
> Less than a week on from 30 June 1960, on 4 July, the army and police mutinied. Following the provocative statement by General Janssens to the military — 'after independence equals before independence' — the disturbances worsened. Katanga proclaimed its secession on 11 July 1960 and South Kasai its autonomy on 8 August 1960. Territorial and military administration collapsed and financial resourced dried up. The people's sovereignty was under threat.
>
> Despite the co-operation agreements signed between the Kingdom of Belgium and the young Republic on 29 June 1960, the crisis was aggravated by the untimely intervention of Belgian troops. Faced with this situation, on 15 July the Head of State Kasavubu, guarantor of territorial integrity, and the Prime Minister and Minister of Defence, Lumumba, jointly signed a telegram appealing for troops from the United Nations in New York . . . as a result of Belgian diplomatic manœuvres, the United Nations hesitated to intervene . . ."[13]

9. Rightly or wrongly, the report also cites Belgium for its responsibility in the removal from office of Prime Minister Lumumba:

> "After our country had achieved independence . . . President Kasavubu and Prime Minister Lumumba worked harmoniously together. They had even toured Elisabethville together. I believe that the Belgians were against this harmony. So they provoked this divisive tension . . . I telephoned Lumumba to tell him about it. He then contacted President Kasavubu. I thought they had taken precau tions against those manœuvres. I was surprised to hear on the radio around 5 September 1960 of the dismissal of Lumumba and on the same day of that of Kasavubu by Lumumba."[14]

10. According to the report: "The Belgian ambassador in Leopoldville

[12] Known as the "Sovereign National Conference", the forum was held from November 1991 to December 1992. It was organized by the then Government, under pressure from its principal partners, including Belgium, and financed by them.

[13] Sovereign National Conference, Report of the Commission on Murders and Violations of Human Rights, pp. 18-19.

[14] *Ibid.*, statement of Mr. Cléophas Kamitatu, then Provincial President of Leopoldville (Kinshasa).

une assistance technique et militaire qui aurait permis d'éviter le pire.

. . . . . .

Le soutien du Gouvernement belge à la sécession du Katanga par sa reconnaissance officielle comme Etat indépendant avec ouverture d'un consulat général constitue autant d'actes infractionnels contre le peuple du Congo. Sur intervention du ministre belge des affaires africaines, M. Harold Aspremont, le président Tschombé acceptera, en date du 16 janvier 1961, le transfert des colis.»[18]

Répondant en quelque sorte anticipativement à l'Etat défendeur, la conférence a décidé d'

«alerter l'opinion internationale que ceux-là même qui nous enseignent le respect des droits de l'homme et du citoyen, contenus dans la Déclaration des Nations Unies, ne puissent *in futurum* rééditer les mêmes erreurs qui ne cadrent pas avec l'opinion dans le monde»[19].

12. Six ans plus tôt, le groupement transnational dit «tribunal permanent des peuples» appelé à statuer sur le cas du Zaïre (Congo) a dit:

«Lorsque le droit du peuple de poursuivre librement son développement économique, social et culturel est méprisé par un Etat se personnalisant en des oligarchies complices, otages ou agents de l'étranger, mises en place ou maintenues par sa volonté, cet Etat ne saurait constituer un écran derrière lequel s'annule le droit du peuple à l'autodétermination.»[20]

Car cette «juridiction» a estimé que,

«dans ce cas-là, on se trouve devant un phénomène semblable dans son essence à la situation coloniale opposant un peuple asservi à une puissance étrangère, les autorités gouvernementales jouant un rôle de courroie de transmission et n'apparaissant guère différentes, dans leurs fonctions, des anciens agents coloniaux (vice-rois, gouverneurs, préfets, etc.) ou des potentats locaux au service de la métropole»[21].

Le jury a aussi soutenu que:

«La violation des droits du peuple zaïrois perpétrée par un Etat aliéné soulève le problème de la responsabilité d'autres gouverne-

[18] Conférence nationale souveraine, rapport de la commission des assassinats et des violations des droits de l'homme, p. 55-56.
[19] *Ibid.*
[20] Voir la *Sentence du Tribunal permanent des peuples*, Rotterdam, le 20 septembre 1982, p. 29.
[21] *Ibid.*

established by it in the Congo with the military and technical assistance which would have enabled the worst to be avoided.

. . . . . .

The support of the Belgian Government for the secession of Katanga through its official recognition as an independent State, with the opening of a Consulate-General, represents an offence against the rights of the Congolese people. Following the intervention of the Belgian Minister for African Affairs, Mr. Harold Aspremont, President Tshombe, on 16 January 1961, accepted transfer of the packages."[18]

Reacting, as it were, in advance to the respondent State, the conference decided to:

"Alert international opinion so that the very persons who teach us respect for human rights and the rights of the citizen contained in the United Nations Declaration may not in future repeat the same mistakes, which do not sit well with world opinion."[19]

12. Six years earlier, the transnational group known as "The Permanent Court of the Peoples [tribunal permanent des peuples]", called upon to deliver a ruling on the case of Zaire (Congo) stated:

"When the right of a people freely to pursue its economic, social and cultural development is treated with contempt by a State represented by collaborationist oligarchies, hostages or agents of foreign powers, installed or maintained in place by its will, that State cannot constitute a cover for the extinction of a people's right to self-determination."[20]

Thus that "court" held:

"In such a case, we are faced with a phenomenon essentially similar to the colonial situation opposing an enslaved people to a foreign power, with the government authorities playing the role of overseer, seemingly differing little in their functions from the former colonial agents (viceroys, governors, *préfets*, etc.) or local satraps in the service of the metropole."[21]

The jury further stated:

"The violation of the right of the Zairian people perpetrated by an alienated State raises the problem of the responsibility of other

[18] Sovereign National Conference, Report of the Commission on Murders and Violations of Human Rights, pp. 55-56.
[19] *Ibid.*
[20] See *Judgment of Permanent Court of the Peoples*, Rotterdam, 20 September 1982, p. 29.
[21] *Ibid.*

19. Il est possible de reconnaître deux acceptions à l'expression «organe d'intégrité du droit international». Pour certains, il s'agirait du «devoir de préserver l'intégrité du droit en tant que discipline — exempte de considérations ayant trait à la politique, la moralité, l'opportunité, etc.»[33]. A mon avis, la formule devrait aussi signifier que la Cour a l'obligation d'assurer le respect de la totalité du droit international. Quant à la spécificité de la mission d'un organe judiciaire par rapport au mandat d'un organe politique, tel que le Conseil de sécurité, la jurisprudence y relative est déjà abondante.

20. Je partage ainsi l'opinion de Manfred Lachs selon laquelle «la Cour est la gardienne de la légalité pour la communauté internationale dans son ensemble»[34].

21. On imagine mal que la Cour puisse projeter un regard soutenu sur la perte actuelle des fonctions gouvernementales de M. Ndombasi et fermer les yeux sur les raisons évidentes de cette situation à la lumière des événements qui lui ont été suffisamment exposés dès la phase de demande de mesures conservatoires jusqu'à la clôture de la phase de fond. D'autant plus que la transgression des immunités en cause n'est qu'un fait révélateur de la méconnaissance du principe de l'égalité souveraine d'un Etat décolonisé par la Belgique. Là-dessus, la Cour ne s'est guère trompée. Elle a plus d'une fois dans les motifs sanctionné de manière élégante la pratique illicite du défendeur.

22. Outre l'attention de la Cour qu'attire l'argument de perte de fonction officielle que brandit l'auteur du comportement fondamentalement illicite, il y a cet effet juridique inexistant recherché par l'Etat défendeur dans la nouvelle situation de M. A. Yerodia Ndombasi. Dès l'instant où l'atteinte aux immunités du ministre des affaires étrangères a été portée, la violation du droit international a été réalisée. Et le Congo a commencé et a continué à exiger, jusqu'à la clôture des débats, que le constat de l'infraction soit fait par la Cour et que celle-ci lui octroie réparation consécutive. Elle n'a jamais cru et n'a jamais dit qu'un de ses citoyens avait été victime d'un fait illicite belge. Le demandeur a toujours été convaincu et a toujours déclaré que ce dernier le visait en tant qu'entité souveraine désireuse de s'organiser librement, y compris de conduire ses relations extérieures par le ministre de son choix. Mais elle a subi et continue de subir des entraves de fait résultant de l'émission, du maintien, de la diffusion du mandat et des tentatives de lui donner plus d'effets par la Belgique.

---

[33] Voir l'opinion de M. H. Mendelson, «Formation of International Law and the Observational Standpoint», au sujet de «The Formation of Rules of Customary (General) International Law», *International Law Association, Report of the Sixty-Third Conference, Warsaw, August 21st to August 27th 1988*, p. 944. *[Traduction du Greffe.]*

[34] Voir M. Lachs, opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 14 avril 1992 en l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 26.

19. There are two possible ways in which the notion of "organ responsible for the integrity of international law" is generally understood. For some, it involves a "duty to preserve the integrity of law as a discipline — distinct from considerations of politics, morality, expediency and so on"[33]. In my view, it ought also to mean that the Court is under an obligation to ensure respect for international law in its totality. As regards the specific nature of the task of a judicial organ by comparison with that of a political organ, such as the Security Council, there is already plentiful case law on this point.

20. I also share Manfred Lachs's view that "the Court is the guardian of legality for the international community as a whole"[34].

21. It is difficult to see how the Court can focus its gaze so particularly on Mr. Ndombasi's current loss of government office while closing its eyes to the obvious reasons for that situation in the light of events which have been sufficiently argued before it right from the start of the provisional measures phase up to the closing of the merits phase. This is particularly so in that the violation of the immunities in question is simply evidence of a general disregard for the principle of sovereign equality of a State decolonized by Belgium. On this point the Court made no mistake. More than once in its reasoning, in the politest of terms, it criticized the Respondent's unlawful conduct.

22. Quite aside from the attention devoted by the Court to the argument concerning the loss of official duties, made so much of by the author of fundamentally unlawful conduct, there is the matter of the non-existent legal effect which the Respondent seeks to infer from Mr. Ndombasi's new situation. From the moment the immunities of the Minister for Foreign Affairs were breached, the violation of international law was complete. And the Congo began to insist — and continued to do so until the close of argument — that the Court should find that its rights have been violated, and that it be granted reparation accordingly. The Congo has never believed, and has never asserted, that one of its citizens has been the victim of a Belgian wrongful act. The Applicant has always been convinced, and has always declared, that Belgium was acting against it as a sovereign entity wishing to organize itself freely, including in the conduct of its foreign relations by a Minister of its choosing. But it has suffered, and continues to suffer, *de facto* interference resulting from the issue, maintenance and circulation of the warrant, and from Belgium's attempts to give greater effect to that warrant.

---

[33] See H. Mendelson, "Formation of International Law and the Observational Standpoint", in connection with "The Formation of Rules of Customary (General) International Law", *International Law Association, Report of the Sixty-Third Conference, Warsaw, August 21st to August 27th 1988*, p. 944.

[34] See M. Lachs, separate opinion appended to the Order of 14 April 1992 in the case concerning *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United Kingdom)*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 26.

23. La pertinence de la perte des fonctions gouvernementales de M. A Yerodia Ndombasi réside dans la lumière toute crue qu'elle projette sur la flagrante immixtion dans les affaires intérieures du Congo par la Belgique. En témoigne encore l'identité de certains plaignants congolais, membres d'un parti politique congolais d'opposition[35], que le défendeur tait obstinément pour des raisons dites de sécurité devant la Cour. Par quelque bout qu'on la prenne, cette affaire montre bien l'ingérence du défendeur dans les affaires intérieures du demandeur. Et, en définitive, la grave méconnaissance de l'égalité souveraine des Etats, derrière l'atteinte aux immunités du ministre des affaires étrangères. La pertinence de la perte de responsabilité gouvernementale est nulle relativement à l'odyssée personnelle de M. A. Yerodia Ndombasi qui essuya, à l'exclusion curieuse des autres personnalités congolaises inculpées et d'autres autorités étrangères, le mandat insolite en tant que ministre des affaires étrangères, appelé à entretenir le contact permanent avec le principal partenaire étranger du Congo.

24. Tant qu'existera l'authentique Etat indépendant du Congo, issu de la décolonisation — à ne pas confondre avec l'entité étatique fictive dite «Etat indépendant du Congo» portée aux fonts baptismaux par les puissances berlinoises[36] —, cette dette subsistera. Il ne s'agit pas de la créance d'un gouvernement en place donné, au demeurant appelé à passer un jour comme tout gouvernement. Mais il est question d'un dû au peuple congolais librement organisé en Etat souverain qui réclame le respect de sa dignité.

25. Or, la dignité n'a pas de prix. Elle relève précisément du domaine extrapatrimonial, impossible à évaluer en argent. Lorsqu'une personne juridique, physique ou morale, a renoncé à sa dignité, elle a perdu l'essentiel de son être physique ou moral. La dignité du peuple congolais, victime du désordre néocolonial imposé au lendemain de la décolonisation, dont les tragiques événements en cours constituent largement l'expression continue, est de celle-là.

26. La perte de fonction d'une de ses autorités ne pouvait pas mettre un terme à l'illicéité du mandat belge, pas plus qu'elle ne pouvait le transformer en acte licite. Afin de comprendre qu'il n'y a guère extinction de l'illicéité en raison de la perte des fonctions gouvernementales par M. A. Yerodia Ndombasi, j'émets deux hypothèses. Lorsqu'un représen-

[35] Selon le demandeur, il s'agirait de représentants d'un parti d'opposition fonctionnant à Bruxelles! (Voir compte rendu d'audience publique du 22 novembre 2000, CR 2000/34, p. 20.) En revanche, le défendeur excipe des «raisons de sécurité» devant la Cour (alors que le huis clos est permis) pour ne pas révéler l'identité des plaignants de nationalité congolaise (voir compte rendu de l'audience publique du 21 novembre 2000, CR 2000/33, p. 23).

[36] Les quatorze puissances coloniales réunies à Berlin (14 novembre 1884-26 février 1885) avalisèrent le projet colonial du roi Léopold II dénommé «Etat indépendant du Congo».

23. The relevance of Mr. Ndombasi's loss of governmental responsibilities lies in the glaring light it throws on Belgium's flagrant meddling in the Congo's internal affairs. Further evidence of this can be found in the identity of certain Congolese complainants, members of a Congolese opposition political party[35], whose names the Respondent obstinately refused to reveal to the Court for so-called "security" reasons. Whichever way you look at it, this case clearly demonstrates the Respondent's interference in the Applicant's internal affairs. And, ultimately, the serious disregard for the sovereign equality of States underlying the violation of the immunities of the Minister for Foreign Affairs. The loss of government office is of no relevance in relation to Mr. Ndombasi's personal odyssey; he, strangely, unlike other accused Congolese high officials, and other foreign authorities, had this unprecedented warrant issued against him as Minister for Foreign Affairs, charged with maintaining permanent contact with the Congo's principal foreign partner.

24. So long as there shall exist the authentic, independent State of the Congo, born of decolonization — not to be confused with the fictional State entity calling itself "The Congo Free State", borne to the baptismal font by the powers at Berlin[36] — that debt will continue to exist. This is not a debt due to one specific incumbent Government — a Government bound, moreover, to pass on one day like every Government. What is at stake here is a debt owed to the Congolese people, freely organized in a sovereign State calling for its dignity to be respected.

25. But dignity has no price. It is one of those intangible assets, on which it is impossible to put a price in money terms. When a person, whether legal or natural, gives up his dignity, he loses the essence of his natural or legal personality. The dignity of the Congolese people, victim of the neocolonial chaos imposed upon it on the morrow of decolonization, of which the current tragic events largely represent the continued expression, is a dignity of this kind.

26. The loss of office by one of its authorities could not put an end to the unlawfulness of the Belgian warrant, any more than it could transform it into a lawful act. To appreciate that the unlawfulness cannot be extinguished as a result of Mr. A. Yerodia Ndombasi's loss of government office, I give two examples. When a representative of a foreign State

[35] According to the Applicant, these are representatives of an opposition party operating in Brussels! (See verbatim record of the public hearing of 22 November 2000, CR 2000/34, p. 20.) The Respondent, on the other hand, cites "security reasons" to the Court (despite the fact that the Court can sit in closed session) in order not to disclose the identity of the complainants of Congolese nationality (see verbatim record of the public hearing of 21 November 2000, CR 2000/33, p. 23).

[36] The 14 colonial powers meeting at Berlin (14 November 1884-26 February 1885) accorded their endorsement to the colonial project of King Leopold II called "Congo Free State".

judiciaire interétatique propre du Congo, initiée et poursuivie en tant que telle par le demandeur à la suite de l'atteinte aux immunités et à l'inviolabilité pénales d'un de ses plus hauts représentants, en exercice de protection diplomatique d'un de ses ressortissants quelconque, mérite une fin de non-recevoir polie qui interdit tout commentaire de ma part.

31. Les conclusions finales du Congo ont-elles empêché la Cour de se prononcer sur la question de la compétence dite universelle?

32. Il est vrai que les «conclusions finales» du Congo passent complètement sous silence cette question. Elles visent à obtenir de la Cour le respect de la «règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues *du ministre des affaires étrangères en exercice*; que ce faisant [le défendeur] a porté atteinte au principe de l'égalité souveraine entre les Etats»[40].

33. C'est une question relative à la procédure judiciaire qui se pose. Le revirement spectaculaire opéré par le demandeur sur ce point obligeait-il la Cour à ne pas trancher dans son dispositif la compétence dite universelle? Certainement. Il lui serait reproché de statuer *ultra petita*. C'est dire autre chose que de ne pas prendre position collectivement là-dessus. De toute manière, si les motifs de l'arrêt l'omettaient, les opinions y reviendraient.

34. Au demeurant quinze pages sur soixante-quatre du mémoire du Congo n'ont-elles pas été réservées à cette question[41]. Au cours des plaidoiries, le Congo a déclaré par la voie de son conseil, M. Rigaux, que «cela ne [l']intéresse pas» quoiqu'elle l'ait évoqué dans sa requête initiale[42]. Mais de guerre lasse ou par stratégie judiciaire, elle a concédé à la Cour l'examen des

> «*problèmes suscités en droit international par la compétence universelle*, mais elle ne le fera pas à la requête de la Partie demanderesse, elle y est *entraînée* en quelque sorte par le système de défense de la Partie défenderesse, parce que la Partie défenderesse semble affirmer non seulement qu'il est licite d'exercer cette compétence, mais en plus qu'il serait obligatoire de le faire et que, par conséquent, l'*exercice de cette compétence pourrait valablement contrebalancer le respect des immunités*».

Et de conclure:

> «[j]e crois donc que la Cour devra se *prononcer sur certains aspects*, en tout cas, de la compétence universelle, mais j'insiste, ce n'est pas à la requête de la Partie demanderesse que cette question n'intéresse pas *directement*»[43].

---

[40] CR 2001/10, p. 26; les italiques sont de moi.
[41] Mémoire de la République démocratique du Congo, p. 47-61.
[42] Voir CR 2001/10, p. 11.
[43] *Ibid.*; les italiques sont de moi.

proceedings instituted and pursued by the Congo in its own right, following the violation of the criminal immunities and inviolability of one of its highest representatives, into the mere exercise of diplomatic protection of one of its nationals deserves a polite dismissal calling for no further comment on my part.

31. Did the Congo's final submissions preclude the Court from ruling on the question of so-called universal jurisdiction?

32. It is true that the Congo's "final submissions" make no mention whatever of this question. They seek to have the Court enforce the "rule of international customary law concerning the absolute inviolability and immunity from criminal process of *incumbent foreign ministers*; in so doing [the Respondent] violated the principle of sovereign equality among States"[40].

33. The issue here is one of judicial procedure. Did the Applicant's spectacular change of position on this point require the Court not to rule on so-called universal jurisdiction in the operative part of its Judgment? Most definitely. It would have been criticized for ruling *ultra petita*. That is not the same as taking no collective position on the point. In any event, in so far as the Judgment's reasoning failed to address this question, the opinions would do so.

34. Moreover, of the 64 pages of the Congo's Memorial, 15 are devoted to this question[41]. At the oral proceedings, the Congo stated, through its counsel, Professor Rigaux, that "that [was] an area of no interest to [it]", even though it had raised it in its original Application[42]. But, battle-weary, or for reasons of litigation strategy, it allowed that the Court might examine the

> "*issues of international law raised by universal jurisdiction*, but it will not do so at the request of the Applicant: it will, in a sense, *have the issue forced upon it* as a result of the defence strategy adopted by the Respondent, since the Respondent appears to contend not only that it is lawful to exercise such jurisdiction but that it is moreover obligatory to do so, and therefore that the *exercise of such jurisdiction can represent a valid counterweight to the observance of immunities*".

And counsel concludes:

> "I accordingly believe that the Court will in any event be obliged to *adjudicate on certain aspects* of universal jurisdiction, but I would stress that this is not at the request of the Applicant, which is not *directly* interested in the issue."[43]

[40] See CR 2001/10, p. 26; emphasis added.
[41] Memorial of the Democratic Republic of the Congo, pp. 47-61.
[42] See CR 2001/10, p. 11.
[43] *Ibid.*; emphasis added.

Et de renvoyer aux conclusions à lire du Congo. Pour sa part, un autre conseil du Congo, M^me^ Chemillier-Gendreau, précisera:

> «que l'extension de cette compétence à l'hypothèse où *l'intéressé n'est pas sur le territoire est actuellement sans fondement juridique confirmé, ce qui est très différent de dire, comme veut nous le faire dire le professeur David, que nous ne contesterions plus la compétence universelle par défaut*».

Le conseil du Congo poursuit:

> «La Belgique souhaiterait à la lumière de cette affaire que la Cour, en se prononçant en faveur d'*une compétence universelle ainsi étendue*, intervienne dans le processus de création du droit et lui donne une reconnaissance du bien-fondé de sa politique.»

Et de conclure:

> «Nous soutenons pour notre part que le point sur lequel il est *nécessaire* que la Cour *se prononce, relativement à la compétence universelle*, comme vient de le dire le professeur Rigaux, *est limité à son usage lorsqu'elle passe outre à une immunité de juridiction d'un ministre des affaires étrangères en exercice. Et nous lui demandons alors de dire que cet usage, tel qu'il résulte de l'action de la Belgique, est contraire au droit international.*»[44]

35. Pour sa part, la Belgique a fondamentalement construit son système de défense sur la compétence dite universelle sur laquelle se baseraient et sa loi controversée et son mandat contesté. Mais étant donné que le Congo a ignoré dans ses conclusions finales ladite compétence alléguée, la Belgique en a tiré comme conséquence que la Cour, conformément à la règle *non ultra petita*, voyait ainsi sa compétence limitée aux seuls points litigieux figurant dans les conclusions finales. Le défendeur s'est appuyé sur la jurisprudence de la Cour[45]. Celle-ci «a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de *s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées*»[46].

36. Lors de ses plaidoiries, la Partie défenderesse s'est aussi déclarée

> «réticente, non parce qu'elle a des doutes sur la légalité de sa position ou la solidité de ses arguments mais plutôt parce qu'elle aurait préféré que les accusations contre M. Yerodia Ndombasi aient été

[44] Voir CR 2001/10, p. 16-17; les italiques sont de moi.

[45] Affaire du *Détroit de Corfou, fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 249; affaire relative à la *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950*, p. 402.

[46] Affaire relative à la *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950*, p. 402; contre-mémoire de la Belgique, par. 0.25, 2.74, 2.79, 2.81, 10.2.

And Counsel then refers t its forthcoming submissions. For her part, Professor Chemillier-Gendreau, another of the Congo's counsel, stated that:

> "the extension of such jurisdiction to a case *where the person concerned is not within the territory has at present no confirmed legal basis, which is very different from saying, as Professor David would have us say, that we no longer challenge universal jurisdiction* in absentia".

Congo's counsel continued:

> "In the light of this case, Belgium would like the Court, by finding in favour of *a universal jurisdiction which possesses those broader bounds*, to intervene in the lawmaking process and thereby endorse the validity of its policy."

She concluded:

> "For our part, we contend that the point to which the Court should *confine its ruling in regard to universal jurisdiction is*, as Professor Rigaux has just said, *its use where it infringes an immunity from jurisdiction of an incumbent Minister for Foreign Affairs. And we then request the Court to declare that its use in these circumstances, as embodied in Belgium's action, is contrary to international law*."[44]

35. For its part, Belgium basically founded its defence strategy on so-called universal jurisdiction, upon which its controversial statute and disputed warrant are purportedly based. But, since the Congo ignored the issue of such purported jurisdiction in its final submissions, Belgium accordingly argued that the Court's jurisdiction was thus limited, pursuant to the *non ultra petita* rule, solely to those points in dispute appearing in the final submissions. The Respondent cited the Court's jurisprudence[45]: "It is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also *to abstain from deciding points not included in those submissions*."[46]

36. In its oral argument, the Respondent also stated that it was

> "reluctant, not because it has doubts as to the legality of its position or the soundness of its arguments, but rather it would have preferred the accusations against Mr. Yerodia Ndombasi to be dealt with by

[44] See CR 2001/10, p. 17; emphasis added.

[45] Case concerning *Corfu Channel, Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 249; case concerning *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 402.

[46] *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 402; Counter-Memorial of Belgium, paras. 0.25, 2.74, 2.79, 2.81, 10.2.

traitées par les autorités compétentes en République démocratique du Congo»[47].

Elle a également affirmé que «les principes de compétence universelle et l'absence d'immunité en cas d'allégations de violations graves du droit international humanitaire sont bien fondés en droit...»[48].

37. A mon sens, il y a là un point de désaccord majeur entre les Parties que la Cour pouvait trancher si la règle *non ultra petita* ne lui avait pas été opposée. A peine de verser dans l'*excès de pouvoir*, la Cour ne pouvait statuer *ultra petita*. On a pu dire justement que, «si l'arbitre est juge de sa compétence, il n'en est pas le maître»[49]. L'examen de points qui ne figureraient pas dans les demandes congolaises aurait exposé la Cour à des reproches semblables. Dans ses conclusions finales muettes, le Congo ne s'est cependant pas montré hostile à une prise de position par la Cour à ce sujet dans sa motivation.

38. D'autre part, la Belgique n'a pas voulu que la Cour se prononce au fond relativement aux allégations ci-dessus qu'elle estimait pourtant établies en droit:

> «Si l'on considère le droit comme un processus évolutif et s'il faut s'en remettre finalement à la décision de la Cour en la matière, la question est de savoir *s'il serait souhaitable que la Cour se prononce au fond*. La Belgique, malgré tout le respect dû au rôle que joue la Cour dans le développement du droit international, pense pour sa part que la *réponse est négative*. Elle considère en effet que, sauf motif impérieux — par exemple parce qu'il subsiste un litige concret entre deux Etats nécessitant un règlement —, le fait pour la Cour de statuer au fond risque de figer le droit au moment précis où les Etats, auxquels la responsabilité du développement du droit revient en premier lieu, *cherchent en tâtonnant une solution* qui leur soit propre. De l'avis de la Belgique, il n'est pas opportun à ce stade de figer le droit dans un sens extensif ou restrictif.»[50]

39. Il va sans dire qu'il n'appartient pas à un plaideur d'apprendre au juge son métier. Les appréhensions de ce dernier sur les effets cristallisants éventuels d'une décision judiciaire internationale manquent de fondement. Particulièrement dans l'ordre coutumier international, il est prouvé que la jurisprudence internationale n'a pas pour effet de figer absolument le droit. Il en est de même dans une certaine mesure du droit conventionnel lui-même élaboré par les Etats. Enfin, dire que ces derniers ont la responsabilité première de bâtir le droit revient à reconnaître impli-

[47] CR 2001/8, p. 8.
[48] CR 2001/8, p. 31, par. 54.
[49] Charles Rousseau, «Les rapports conflictuels», *Droit international public*, t. V, 1983, p. 326.
[50] CR 2001/8, p. 31, par. 54; les italiques sont de moi.

> the competent authorities in the Democratic Republic of the Congo"[47].

It also asserted that "the principles of universal jurisdiction and the absence of immunity in the case of allegations of serious breaches of international humanitarian law are well-founded in the law . . ."[48].

37. In my view, this is a major point of dispute between the Parties which the Court could decide were it not for the *non ultra petita* rule. On pain of acting *ultra vires*, the Court could not rule *ultra petita*. It has been correctly said that "while the Court is judge of its jurisdiction, it is not its master"[49]. The examination of points not included in the Congo's submissions would have exposed the Court to criticism on this score. In its final submissions, which were silent on the point, the Congo did not, however, show itself hostile to the Court's taking a stance on the point in its reasoning.

38. For its part, Belgium did not wish the Court to rule on the substance of its claims as above, which it did, however, consider established in law:

> "In the realm of law as process, the question is, if it ultimately turns on the discretion of the Court, *whether it would be desirable for the Court to proceed to a judgment on the merits of this case*. Belgium, with the very greatest of respect for the role of the Court in developing international law, contends that *it would not*. In Belgium's contention, in the absence of a compelling reason to do so — and a compelling reason to do so would be a subsisting concrete dispute between two States which requires resolution — for the Court to proceed to a judgment on the merits of these issues would risk rigidity in the law just at the point at which States, principally responsible for the development of the law, are *groping towards solutions* of their own. In Belgium's contention, this is not the point at which rigidity in the law, whether expansive or restrictive, is desirable."[50]

39. It goes without saying that it is not for a litigant to tell the Court how to do its job. The Respondent's concern regarding the rigidifying effects of an international judicial decision are unfounded. Particularly in international customary law, it is established that international jurisprudence does not have the effect of freezing the law for all time. To a certain extent, the same is true of treaty law, which is itself developed by States. Finally, to say that States have the prime responsibility for developing the law is to recognize implicitly the responsibility of other organs

[47] CR 2001/8, p. 8.
[48] CR 2001/8, p. 31, para. 54.
[49] Charles Rousseau, "Les rapports conflictuels", *Droit international public*, Vol. V, 1983, p. 326.
[50] CR 2001/8, p. 31, para. 54; emphasis added.

citement la responsabilité d'autres organes ou entités, dont la Cour, de s'acquitter d'autres tâches. La doctrine le constate quasi unanimement.

*

40. En définitive, quel sort aurait dû être réservé à la compétence dite universelle eu égard à la discrétion des conclusions finales du Congo à ce sujet et au peu d'empressement manifesté par la Belgique à voir la Cour se prononcer là-dessus? La prudence extrême du Congo n'était pas justifiée puisque cet Etat sollicitait que le litige soit totalement vidé. La résistance de la Belgique également n'était pas fondée. La Partie défenderesse, qui alléguait agir en vertu du droit international, avait l'opportunité de faire sanctionner positivement sa pratique jugée par elle licite. A mon sens, la Cour avait la *responsabilité principale de trancher* si oui ou non comme le prétendait le demandeur les règles coutumières relatives aux immunités et à l'inviolabilité personnelle pénales du ministre des affaires étrangères du Congo, M. Yerodia Ndombasi, ont été violées par le défendeur. Et puisque c'est au nom d'une compétence dite universelle, mal conçue et mal appliquée, à mon avis, que cette transgression est intervenue, le dispositif de l'arrêt sanctionne implicitement malgré tout cette prétention. Mais la Cour n'aurait-elle pas dû dans l'exposé des motifs, en tant qu'organe garant de l'intégrité du droit international, *se prononcer* aussi nettement sur la validité *ratione loci* et *ratione personae* des prétentions belges aussi manifestement illicites? La motivation de l'arrêt n'aurait-elle pas dû comporter une mention pertinente sur l'une des questions les plus controversées actuellement en droit international. Aurait-on reproché à la Cour d'avoir dit le droit sur ce point? Cependant, il demeure que la Cour a bien choisi, en accord avec les Parties, «des motifs essentiels»[51] pour trancher le litige. Elle a, à cette occasion, codifié et développé le droit des immunités. La nébuleuse question de compétence dite universelle, telle que présentée dans cette affaire, a aussi été réglée.

41. Que les ministres des affaires étrangères jouissent des immunités et de l'inviolabilité pénales de leur personne physique en droit international coutumier devant les juridictions nationales ne fait l'ombre d'aucun doute. Celles-là correspondent à des restrictions imposées par le droit international à l'expression du droit interne. En termes précis, tout droit national cesse de se manifester contre la présence de l'organe supérieur de l'Etat étranger. Aucune entité souveraine ne saurait en droit soumettre à son autorité tout autre Etat également souverain ainsi représenté. Tel est l'état actuel du droit international positif qu'une enquête, à l'échelle mondiale, devrait confirmer.

42. Le défendeur s'est évertué à entretenir la confusion dans l'esprit de l'homme du commun. Il ne pouvait le faire à l'égard d'un homme de

[51] Voir Tanaka, opinion individuelle jointe à l'arrêt du 24 juillet 1964 en l'affaire de *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 65.

or entities, including the Court, for performing other tasks. Legal scholars are virtually unanimous in acknowledging this.

*

40. In short, how should so-called universal jurisdiction have been treated, given the discretion shown in the Congo's final submissions on this subject and the lack of urgency demonstrated by Belgium for a ruling by the Court on the matter? The Congo's extreme caution was not justified, since it was seeking to have the dispute completely resolved. The resistance on Belgium's part was unfounded too. The Respondent, which was claiming to act under international law, had the opportunity to secure a positive sanction for a practice which it considered lawful. In my view, the Court's *primary responsibility was to decide* whether or not, as the Applicant claimed, the customary rules concerning the personal immunities and inviolability from criminal process of the Minister for Foreign Affairs of the Congo, Mr. Yerodia Ndombasi, had been violated by the Respondent. And since it was in the name of a so-called universal jurisdiction, in my opinion ill-conceived and misapplied, that this infringement took place, the operative part of the Judgment nonetheless implicitly condemns Belgium's claim. But ought not the Court, as guarantor of the integrity of international law, to have *ruled* in its reasoning equally clearly on the validity *ratione loci* and *ratione personae* of such manifestly unlawful claims on Belgium's part? Should the reasoning of the Judgment not have contained a relevant passage on one of the currently most controversial questions in international law? Would the Court have been criticized for stating the law on this point? The fact remains, however, that the Court, in accord with the Parties, made its choice of "essential reasons"[51] in order to settle the dispute. It has taken the opportunity to codify and develop the law of immunities. The vexed question of so-called universal jurisdiction, as presented in this case, has also been settled.

41. There is not the slightest doubt that in customary international law Ministers for Foreign Affairs enjoy immunities and inviolability of their person in respect of criminal process before national courts. These are restrictions imposed by international law on the operation of domestic law. To be more specific, all national law ceases to prevail in the presence of a higher organ of a foreign State. No sovereign entity can legally exercise authority over any other equally sovereign government as so represented. That is the current state of positive international law, which a worldwide survey would certainly confirm.

42. The Respondent has done its utmost to create confusion in the mind of the layman. It has been unable to do so in the minds of jurists.

[51] See Tanaka, separate opinion appended to the Judgment of 24 July 1964 in the case concerning *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1964*, p. 65.

tant d'un Etat étranger est tué par des agents de l'ordre d'un pays donné[37], ce diplomate cesse par le fait même de son décès d'exercer ses fonctions. Peut-on soutenir que l'illicéité de l'acte s'est effacée avec la mort du représentant de l'Etat étranger? Il me semble que l'illicéité demeure. Prenons un autre cas. A supposer que ce diplomate n'ait été que grièvement blessé. Evacué vers son pays d'envoi, il est déclaré inapte pour le service diplomatique. Peut-on affirmer que le fait illicite a disparu étant donné que la victime des coups et blessures n'est plus représentant de son pays à l'étranger? Je ne le pense pas.

27. La question du défaut d'objet de la demande congolaise aurait pu se poser si la Belgique avait adopté un comportement radicalement opposé consistant à respecter l'indépendance du Congo. Elle aurait dû reconnaître la violation du droit international commise par elle, avant de mettre à néant son mandat et de s'empresser de demander aux pays étrangers auxquels elle avait adressé son acte de lui réserver une fin de non-recevoir. Toute cette panoplie de mesures aurait été communiquée au Congo et vaudrait expression de regrets et présentation d'excuses. Rien de semblable ne s'est produit. La demande du Congo a ainsi conservé pleinement son objet.

28. Le Congo admet que «ces demandes diffèrent quelque peu de ... celles qui furent formulé[e]s dans sa requête introductive» eu égard à la nouvelle situation de M. A. Yerodia Ndombasi. Mais elle ajoute que, «dès l'instant où ils prennent appui sur les mêmes faits que ceux mentionnés dans cette requête, aucune difficulté ne saurait surgir à cet égard»[38]. A bon droit la Cour a confirmé sa pratique constante de laisser aux parties la faculté de préciser exactement leur demande depuis le dépôt de la requête introductive d'instance jusqu'à la soumission des conclusions finales à la fin de la procédure orale. Il n'y a là rien de reprochable dès lors que ces modifications ultérieures s'appuient sur les faits identiques déjà mentionnés dans la demande initiale.

29. D'autre part, la recevabilité de la requête du Congo, selon la jurisprudence constante de la Cour, s'apprécie à «la seule date pertinente» qu'est son dépôt au Greffe de la Cour[39]. Que le défendeur se soit par la suite comporté de manière à ce que la requête soit vidée de sa substance est inopérant. La demande était déjà déposée telle quelle le 17 octobre 2000. Au demeurant, sa substance reposant sur la violation de la souveraineté du Congo face à l'émission du mandat qui appelle réparation demeure intacte.

30. La tentative du défendeur de faire opérer une mutation de l'action

---

[37] Le cas est arrivé à Lomé (Togo) en octobre-novembre 1995 où un diplomate allemand a été tué par des agents de l'ordre à un barrage routier en début de soirée. L'incident avait gravement détérioré les relations germano-togolaises.

[38] Mémoire de la République démocratique du Congo, p. 6, par. 8.

[39] Voir affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 130, par. 43.

is killed by the police in a particular country[37], that diplomat ceases by the very fact of his death to hold office. Can it be claimed that the unlawfulness of the act was extinguished by the death of the representative of the foreign State? It seems to me that the unlawfulness persists. Let us take another case. Suppose the diplomat was merely seriously wounded. After being evacuated to his sending country, he is declared unfit for diplomatic service. Can it be said that the unlawful act has disappeared, since the victim of the assault no longer represents his country abroad? I think not.

27. The question of the lack of object of the Congolese claim could have arisen if Belgium had adopted a diametrically opposite attitude, by showing respect for the Congo's independence. It should have admitted its violation of international law and then cancelled the warrant and hastened to request the foreign countries to which it had circulated the instrument to discharge it. It would then have informed the Congo of these various measures, which would have been tantamount to an expression of regret and an apology. Nothing of the sort occurred. The Congo's claim thus retained its object in full.

28. The Congo admits that "these requests differ to some extent from those formulated in its Application instituting proceedings", given Mr. Ndombasi's new situation. But it adds that, "since they are based on the same facts as those referred to in the Application, this cannot pose any problem"[38]. The Court has correctly confirmed its established practice of according the Parties the freedom to refine their claim between the date of filing of the Application instituting proceedings and the presentation of the final submissions at the close of oral argument. Thus there is no basis for criticism here, since these subsequent changes are based on the same facts as those already cited in the initial claim.

29. Moreover, in accordance with the Court's settled jurisprudence, the admissibility of the Congo's Application is to be assessed on "the only relevant date", which is the date of its filing in the Registry of the Court[39]. It is irrelevant whether the Respondent might subsequently have acted so as to empty the Application of its substance. The claim was already filed as such on 17 October 2000. Furthermore, as its substance is based on the violation of the Congo's sovereignty by the issue of the warrant, which requires reparation, that substance remains intact.

30. The Respondent's attempt to transform the international judicial

[37] This happened in Lomé (Togo) in October/November 1995, where a German diplomat was killed by policemen at a roadblock in the early evening. The incident caused a serious deterioration in relations between Germany and Togo.

[38] Memorial of the Democratic Republic of the Congo, p. 6, para. 8.

[39] See the case concerning *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United States of America), I.C.J. Reports 1998*, p. 130, para. 43.

droit. La Belgique a déployé toutes ses énergies pour faire croire qu'immunité équivaut à *impunité*. Nul juriste ne s'y égarerait pour qu'il faille montrer que la responsabilité pénale personnelle de l'auteur d'une infraction éventuelle est intacte nonobstant les immunités dont il est couvert. Encore ne faut-il pas perdre son latin de pénaliste au point d'oublier le principe de présomption d'innocence de l'inculpé! A la limite, examiner les immunités du ministre serait une banalité, n'eût été l'invocation de «certains développements récents»[52]. A tort. Les défenseurs des Etats législateurs, face à la Cour, tentent d'ériger une certaine doctrine en législateur, après avoir refusé à la haute juridiction cette qualité.

43. Il ne fait pas de doute que les immunités et leur corollaire, l'inviolabilité de la personne physique du ministre en examen, revêtent un caractère fonctionnel. Elles se fondent sur l'intérêt de la fonction que doit assumer librement, sans entrave, l'organe éminent représentant l'autre Etat égal à soi-même. C'est pourquoi les prérogatives en matière de maintien de l'ordre, de la défense et de la justice, entre autres, de l'Etat hôte doivent être exercées de manière à faciliter davantage l'activité du ministre des affaires étrangères d'autrui. Comme le commentent des auteurs: «l'immunité dont jouissent les représentants d'Etats étrangers découle de la nature de leur charge»[53].

44. La doctrine américaine rappelle:

> «Selon le *Restatement*, l'immunité s'étendait:
>
> *a)* à l'Etat lui-même;
> *b)* au chef de l'Etat;
> *c)* au gouvernement ou à tout organisme gouvernemental;
> *d)* au chef du gouvernement;
> *e)* au ministre des affaires étrangères;
> *f)* à tout autre ministre, haut responsable ou agent de l'Etat, en ce qui concerne les actes qu'il effectue à titre officiel, dans les cas où l'exercice de la compétence entraînerait la mise en œuvre d'une règle de droit contre l'Etat en question.»[54]

45. Quoique, ni dans ses écritures, ni dans ses plaidoiries, le Congo n'ait pu montrer suffisamment l'entrave faite à l'exercice libre de ses fonctions de ministre des affaires étrangères du Congo par la Belgique, je peux signaler quelques exemples. Le ministre congolais des affaires étrangères n'a pas pu participer, au lendemain de l'émission du mandat, aux réunions ministérielles des Etats ACP avec l'Union européenne à Bruxelles, ses immunités et son inviolabilité pénales n'étant pas garanties.

[52] Contre-mémoire de la Belgique, p. 109, par. 3.4.1.
[53] Louis Henkin, Richard Crawford Pugh, Oscar Schachter et Hans Smit, *International Law*, 1993, p. 1188. *[Traduction du Greffe.]*
[54] *Ibid.*, p. 1191.

Belgium went to great lengths in seeking to equate immunity with *impunity*. No lawyer would be so misled as to believe that any proof was required of proposition that the personal criminal responsibility of the perpetrator of an alleged offence remains intact, notwithstanding the immunities protecting him. Nor should we lose sight of the basics of criminal law, to the point of forgetting the principle of the presumption of the accused's innocence! It might even have been thought that the issue of a Minister's immunities was a legal commonplace, had "certain recent developments"[52] not been cited. Wrongly. Those who defend before this Court States' rights to make law are seeking to transform the proponents of a certain school of doctrine into legislators, having refused that status to the Court.

43. There is no doubt that the immunities and their corollary, the inviolability of the person of the Minister in question, have a functional character. They are based on the importance of a high representative of another State being able freely to discharge his duties, without let or hindrance and under conditions of equality. It is for this reason that the prerogatives of the host State in regard, *inter alia*, to the maintenance of law and order, defence and justice must be exercised in such a way as to make it easier for the Minister for Foreign Affairs of another State to do his job. As certain writers have stated: "the immunity representatives of foreign States enjoy is a function of the nature of their office"[53].

44. American doctrine recalls that:

> "According to the Restatement, immunity extended to :
>
> *(a)* the State itself;
> *(b)* its head of State;
> *(c)* its government or any governmental agency;
> *(d)* its head of government;
> *(e)* its foreign minister;
> *(f)* any other public minister, official, or agent of the State with respect to acts performed in his official capacity if the effect of exercising jurisdiction would be to enforce a rule of law against the State."[54]

45. Although the Congo was not able to demonstrate sufficiently, either in its written pleadings or in oral argument, the extent of the hindrance caused by Belgium to the free exercise of his duties by the Congo's Minister for Foreign Affairs, I can now give some examples. Following the issue of the warrant, the Congolese Minister for Foreign Affairs was unable to attend ministerial meetings of the ACP States with the European Union in Brussels, since his criminal immunities and inviolability

[52] Counter-Memorial of Belgium, p. 109, para. 3.4.1.
[53] Louis Henkin, Richard Crawford Pugh, Oscar Schachter and Hans Smit, *International Law*, 1993, p. 1188.
[54] *Ibid.*, p. 1191.

Il n'a pas pu prendre part aussi à la réunion de Paris sur l'évaluation du sommet de la francophonie. M. A. Yerodia Ndombasi n'a pas pu effectuer une visite officielle à Tokyo (Japon), en octobre 2000, au motif que les autorités japonaises ont déclaré n'être pas en mesure de l'assurer que ses immunités et son inviolabilité pénales lui seraient garanties.

46. Outre des missions officielles manquées, le ministre a dû se séparer de son chef de l'Etat, selon les itinéraires, et arriver en retard à la même destination. Il en est résulté des coûts de voyage plus élevés, des pertes de bagages, des arrivées tardives aux réunions internationales, tel qu'au sommet de Maputo au départ de la Chine. Il va sans dire que, à la suite des missions officielles manquées ou réalisées avec tant de désagréments, le ministre des affaires étrangères n'a pu assumer normalement ses fonctions aux côtés du chef de l'Etat ou en dehors de celui-ci. En définitive, la conjugaison de divers facteurs, particulièrement son caractère indésirable aux yeux de certaines autorités belges, conduira à son limogeage le 20 novembre 2000, date d'ouverture des audiences de la phase conservatoire de cette affaire.

47. L'Etat défendeur allègue l'existence d'une exception aux immunités de la personne du ministre des affaires étrangères et à la règle de l'inviolabilité pénale en cas de commission de «crimes de droit international». Il ne l'a guère prouvée. Cela participe tout simplement de sa stratégie de défense. Tantôt n'a-t-il pas cherché à contourner la qualité officielle alors revêtue par M. A. Yerodia Ndombasi en arguant qu'il n'a visé que la personne privée de ce dernier, tantôt n'a-t-il pas tenté d'inventer une exception inexistante en droit international coutumier?

48. L'existence d'une règle fermement établie suivie obligatoirement par la majorité d'environ cent quatre-vingt-dix Etats appartenant à l'Afrique, l'Asie, l'Amérique, l'Europe et l'Océanie, en vertu de laquelle le ministre des affaires étrangères en fonction bénéficie d'une immunité et d'une inviolabilité pénales absolues n'est pas contestable. Le constat en est fait par la doctrine[55].

49. Néanmoins, quelques voix dissonantes, à priori animées de certaines préoccupations morales, s'expriment afin que ces représentants qualifiés des Etats soient dépouillés de ces protections juridiques absolues en cas de commission de certaines infractions internationales. Plus que dans nombre de régions du monde, ces dispositions ne peuvent qu'être les bienvenues dans des pays victimes traditionnelles de crimes contre l'humanité. Dès sa naissance, la Cour permanente de Justice internationale, notre devancière, s'est reconnue la responsabilité que,

[55] Voir notamment Jean Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 539: cet auteur propose que le ministre des affaires étrangères jouisse «des privilèges et immunités analogues à ceux du chef de gouvernement»; Joe Verhoeven, *Droit international public*, 2000, p. 123: «Il existe une tendance, au moins doctrinale, à accorder au chef du gouvernement, voire au ministre des affaires étrangères, la protection reconnue au chef de l'Etat.»

were not guaranteed. Nor was he able to participate in a meeting held in Paris to evaluate the Francophone Summit. In October 2000, Mr. Ndombasi was unable to undertake an official visit to Tokyo (Japan), as the Japanese authorities stated that they were unable to give an assurance that his criminal immunities and inviolability would be guaranteed.

46. In addition to the official visits that he was unable to make, the Minister was obliged, depending on the itinerary, to travel separately from his Head of State arriving late at their common destination. This resulted in increased travel costs, lost baggage, and late arrivals at international meetings, such as the Maputo Summit following a visit to China. It is self-evident that, as a result of the official visits that he missed or carried out under such difficult circumstances, the Minister for Foreign Affairs was unable to perform his duties normally, whether alongside the Head of State or otherwise. Finally, a combination of various factors, particularly his undesirable character in the eyes of certain Belgian authorities, led to his dismissal on 20 November 2000, the date of the opening of the hearings in the provisional measures phase of this case.

47. The Respondent contends that there is an exception to the rule of the immunity and criminal inviolability of the person of the Minister for Foreign Affairs in the case of "crimes under international law". It has not proved that contention. This is no more than an element of its defence strategy. At times, it sought to circumvent the official status enjoyed at the relevant time by Mr. Ndombasi by arguing that it was concerned with him solely in his capacity as a private individual; at others, it apparently attempted to invent an exception which simply does not exist in customary international law.

48. The existence of a firmly established rule, obligatorily followed by the majority of some 190 States from Africa, Asia, America, Europe and Oceania, whereby an incumbent Minister for Foreign Affairs enjoys absolute immunity and inviolability from criminal process is not open to question. The doctrine confirms this[55].

49. Nonetheless, some dissenting voices, apparently moved by certain moral concerns, claim that these appointed State representatives should be stripped of such absolute legal protection where they have committed certain international offences. In many regions of the world, such provisions can only be welcome in countries traditionally victims of crimes against humanity. From its inception, the Permanent Court of International Justice, our predecessor, recognized that,

[55] See *inter alia* Jean Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 539: the Minister for Foreign Affairs enjoys "privileges and immunities analogous to those of the Head of Government"; Joe Verhoeven, *Droit international public*, 2000, p. 123: "there is a tendency, at least in the doctrine, to grant the Head of Government, and indeed the Minister for Foreign Affairs, the protection accorded to the Head of State".

«dans l'accomplissement de sa tâche de *connaître elle-même le droit international*, elle [la Cour] ne s'est pas bornée à cet examen, mais a étendu ses recherches à tous *les précédents* et *faits* qui lui étaient accessibles et qui auraient, le cas échéant, pu révéler l'existence d'un des principes du droit international visé par le compromis»[56].

50. C'est sur le terrain du *droit coutumier* que les assertions belges et leur pendant, les dénégations congolaises, se situent. Le Gouvernement belge a peut-être escompté, à la manière de la proclamation Truman sur le plateau continental de 1945, que sa revendication nouvelle formulée au moment où des idées humanitaires connaissent un regain d'intérêt serait suivie (massivement) par d'autres Etats. Il donne l'impression d'avoir surestimé son poids sur l'échiquier mondial. Peu importe. Le grief principal qui doit être articulé à l'encontre du défendeur est d'user de l'argument humanitaire à des fins de domination politique. Comme au XIX[e] siècle[57]! Au point d'inventer une entorse au droit international des immunités parfaitement inexistantes en droit international.

51. Sommairement, la revendication belge ne peut, à l'origine, que violer le droit existant. Nonobstant la publicité dont a bénéficié le mandat du 11 avril 2000, elle n'a été suivie par aucun autre Etat. Nul membre de la société internationale ne lui a prêté main forte en vue de son exécution. Bien au contraire, plusieurs Etats, spécialement des Etats africains, l'ont ignoré. Le fâcheux précédent belge est donc demeuré isolé. Si la Belgique a le titre juridique de contribuer à la formation du droit international général, elle ne saurait, à elle seule, créer ce dernier. La pratique internationale lui fait donc défaut. En revanche, l'Etat victime de ce fait, le Congo, s'est fermement opposé à l'application de la mesure belge. Au motif qu'elle est illicite.

52. D'autre part, le Gouvernement belge montre, par son comportement, qu'il n'est pas sûr de la licéité de son acte contesté. La correspondance adressée au demandeur en cours d'instance judiciaire le prouve[58]. Le défendeur prétend envisager la revision de sa loi querellée afin de respecter les immunités des hauts représentants des Etats étrangers. Au milieu de tant de contradictions, d'attitudes incertaines qui marquent fondamentalement cette pratique unilatérale et solitaire — sauf l'initiative yougoslave du 21 septembre 2000 passée curieusement sous silence par la Belgique —, nulle norme coutumière ne saurait émerger. Comme

[56] Affaire du *Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. Recueil série A n° 10*, p. 31.

[57] Le préambule de l'Acte général de Berlin du 26 février 1885 rassure sur l'objet et le but du traité: «le bien-être moral et matériel des populations indigènes».

[58] Voir la communication belge du 14 février 2001 à laquelle le Congo a répondu le 22 juin 2001.

"in the fulfilment of its task of *itself ascertaining what the international law is*, [the Court] has not confined itself to a consideration of the arguments put forward, but has included in its researches all *precedents* . . . and *facts* to which it had access and which might possibly have revealed the existence of one of the principles of international law contemplated in the special agreement"[56].

50. It is in the area of *customary law* that the Belgian claims and their counterparts, the Congolese denials, lie. The Belgian Government possibly anticipated that, as with the Truman Proclamation of 1945 on the continental shelf, its new claim, formulated at a time when humanitarian ideas are undergoing a revival of interest, would be followed (massively) by other States. It gives the impression of having overestimated its importance on the world chessboard. No matter. The main charge which can be levied against the Respondent is of abusing the humanitarian argument for the purposes of political domination. As in the nineteenth century[57]! To the point of devising an exception to the rules of international law governing immunities which simply does not exist in international law.

51. In short, the Belgian claim was bound, from its inception, to represent violation of existing law. Despite the publicity enjoyed by the warrant of 11 April 2000, no other State has followed Belgium's example. No member of the international community has offered Belgium assistance in executing the warrant. In fact, on the contrary, several States, particularly African States, have ignored it. The unfortunate Belgian precedent has thus remained an isolated one. While Belgium is entitled to contribute to the formation of general international law, it cannot, on its own, create that law. Thus it does not have international practice behind it. By contrast, the State which is the victim of this action, the Congo, has resolutely opposed the application of the Belgian measure. On the ground that it is unlawful.

52. Moreover, the Belgian Government has shown, by its conduct, that it is unsure of the lawfulness of its disputed act. Its correspondence with the Applicant while the proceedings were in progress demonstrates this[58]. The Respondent claims that it is contemplating an amendment to its controversial statute so as to respect the immunities of high representatives of foreign States. From all the many inconsistencies and equivocations fundamentally characterizing a practice both unilateral and solitary — if we exclude the Yugoslav initiative of 21 September 2000, which has strangely gone unremarked by Belgium — no customary norm has

[56] *"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 31.

[57] The Preamble to the General Act of Berlin of 26 February 1885 provides reassurance as to the object and purpose of the Treaty: "the moral and material well-being of the indigenous populations".

[58] See the Belgian communication of 14 February 2001, to which the Congo replied on 22 June 2001.

l'*opinio juris* dans le chef du défendeur lui-même n'est apparemment guère établie.

53. A dire vrai, l'Etat défendeur s'est évertué à s'appuyer sur quelques opinions de publicistes pour alléguer l'apparition d'une norme coutumière dérogatoire. Il n'a pas rapporté la preuve de son existence. On sait que la doctrine constitue un moyen de détermination de la règle de droit. Elle doit se fonder sur une pratique générale correspondant à l'*opinio juris sive necessitas*. Rien de pareil à ce jour. A mon sens, il n'a pas été malaisé pour la Cour de relever le caractère non fondé des allégations du défendeur. La mise en œuvre du droit international humanitaire serait-elle affectée d'un coefficient de *normativité relative*, pour paraphraser P. Weil? Sinon, comment justifier juridiquement la suspension des poursuites contre l'organe d'un Etat du Proche-Orient et le maintien obstiné des poursuites contre l'ancien ministre congolais des affaires étrangères?

54. Evoquant les rapports entre crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes, Pierre-Marie Dupuy estime à la suite de la décision de la Chambre des lords en l'affaire *Pinochet*:

> «Pour autant il convient d'être prudent dans l'affirmation d'une nouvelle coutume, dont la décision des Lords, au demeurant fondée sur des considérations souvent hétérogènes, ne saurait *à elle seule* entraîner la consolidation.»[59]

Et de rappeler que

> «[l]a coutume procède de l'opinion juridique des Etats telle qu'elle ressort de leur pratique. Or, celle-ci est encore loin d'être unifiée, et manifeste en tout cas la persistance des réticences étatiques à la réduction des immunités des agents supérieurs de l'Etat.»[60]

Il n'y a pas de comportement «généralement» adopté «par la pratique des Etats». Ainsi que l'a dit notre Cour,

> «la présence [des normes coutumières] dans l'*opinio juris* des Etats se prouve par la voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante *et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées à priori*»[61].

Point de nombreuses décisions des cours et tribunaux de l'ensemble des

---

[59] Pierre-Marie Dupuy, «Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes», *Revue générale de droit international public*, vol. 103, n° 2, 1999, p. 293; les italiques sont de moi.

[60] *Ibid.*

[61] Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 299; les italiques sont de moi.

emerged. Just as the Respondent's own *opinio juris* is apparently far from established.

53. In reality, the Respondent has sought to rely on a small number of opinions of publicists in order to claim that a new derogative customary norm has come into being. It has provided no evidence of its existence. We know that doctrine represents a means for determining the rules of law. It must be founded on a general practice corresponding to the *opinio juris sive necessitas*. Nothing of the kind exists today. In my view, the Court could readily find that the Respondent's claims were unfounded. Is it possible that the implementation of international humanitarian law might be subject to a co-efficient of *relative normativity* — to paraphrase P. Weil? If not, how can there be any legal justification for suspending proceedings against an organ of a Middle Eastern State whilst obstinately persisting with proceedings against the former Congolese Minister for Foreign Affairs?

54. Referring to the relationship between crimes and immunities, or the extent to which the nature of the former impedes the exercise of the latter, Pierre-Marie Dupuy writes, in light of the House of Lords ruling in the *Pinochet* case:

> "We should exercise caution in confirming the emergence of a new customary rule as embodied in the House of Lords ruling, which is based on considerations that are not entirely consistent and cannot, *of itself*, result in the consolidation of such custom."[59]

Dupuy then recalled that

> "custom emerges from the legal opinion of States as demonstrated by their practice, which is, however, far from unified, and in any event shows that States are still reluctant to accept any reductions in the immunities of their high officials"[60].

There is no conduct "generally" adopted "by the practice of States". As this Court has held,

> "[the] presence [of customary norms] in the *opinio juris* of States can be tested by induction based on the analysis of a sufficiently extensive and convincing practice, *and not by deduction from preconceived ideas*"[61].

These are few decisions — or at least any significant number — of courts

[59] Pierre-Marie Dupuy, "Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes", *Revue générale de droit international public*, Vol. 103, No. 2, 1999, p. 293; emphasis added.

[60] *Ibid.*

[61] *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 299; emphasis added.

Etats du globe, à tout le moins d'un nombre significatif, dans l'optique belge. Bien au contraire. Très récemment, la Cour a émis un avis dans l'affaire relative au *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, en ces termes: «les tribunaux malaisiens avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction comme une *question préliminaire* à trancher dans les meilleurs délais»[62].

55. Auparavant, elle avait constaté que

> «la *High Court* de Kuala Lumpur n'a pas statué *in limine litis* sur l'immunité ... mais a rendu un jugement par lequel elle s'est déclarée compétente pour connaître au fond de l'affaire dont elle était saisie; y compris pour déterminer si M. Cumaraswamy pouvait se prévaloir d'une quelconque immunité»[63].

Semblable obligation pèse aussi et surtout sur les Etats dans leurs rapports mutuels. Aussi, par analogie, conjuguée avec l'argument à fortiori entre sujets primaires du droit international et les organes particulièrement qualifiés que sont les ministres des affaires étrangères, cette règle rappelée par la Cour devrait s'appliquer à la présente espèce.

56. Les changements de statut qu'a connus successivement M. A. Yerodia Ndombasi n'ont pas de conséquence fâcheuse sur l'affaire sinon de souligner davantage l'atteinte à la souveraineté du Congo par la Belgique en raison de ses ingérences continues (voir ci-dessus).

57. D'autre part, centrée qu'elle l'est sur la violation des immunités du ministre des affaires étrangères au moment de l'émission et de la notification du mandat, le statut antérieur et les statuts postérieurs revêtus par M. A. Yerodia Ndombasi n'affectent en rien la plainte congolaise. Dès lors que les poursuites illicites sont exercées au moment où il a cette qualité d'organe spécialisé dans les relations extérieures d'un Etat et, en conséquence, couvert d'immunités et d'inviolabilité personnelle pénales absolues, la violation du droit international au préjudice du Congo subsiste; la Belgique ayant contracté une dette à l'égard non pas d'un individu en transgressant la norme du droit international coutumier régissant les relations interétatiques, mais vis-à-vis d'un Etat, le Congo, dont l'organe en charge des relations internationales s'est vu infligé une mesure téméraire, vexatoire et illicite, qui appelle réparation. Or, face à ces allégations bien fondées du demandeur, le défendeur prétend ne pas porter atteinte aux droits de souveraineté de sa victime. Bien au contraire, la Belgique affirme exercer un droit à elle conféré ou accomplit une obligation à elle imposée par le droit international. D'où le refus d'anéantir le

---

[62] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 90, par. 67, 2 *b)*; les italiques sont de moi.

[63] *Ibid.*, p. 72, par. 17.

and tribunals worldwide which have taken the Belgian view. Quite the contrary. Just recently, the Court delivered an Opinion in the case concerning the *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, stating: "the Malaysian courts had the obligation to deal with the question of immunity from legal process as a *preliminary issue* to be expeditiously decided"[62].

55. Previously, it had noted that

> "The High Court of Kuala Lumpur did not pass upon . . . immunity *in limine litis*, but held that it had jurisdiction to hear the case before it on the merits, including making a determination of whether Mr. Cumaraswamy was entitled to any immunity."[63]

A similar obligation applies also, and above all, to States in their mutual relations. Thus, by way of analogy, and *a fortiori* — since we are dealing here with primary subjects of international law and with their highest ranking representatives, namely Ministers for Foreign Affairs — this rule as restated by the Court must be applied in the present case.

56. The successive changes in Mr. Ndombasi's status have no serious implications for the case, except to underline further the violation of the Congo's sovereignty by Belgium on account of its continued interference (see above).

57. Moreover, as the focus of this case is the violation of the immunities of the Minister for Foreign Affairs at the time of the issue and notification of the warrant, the previous and subsequent status of Mr. Ndombasi in no way affect the Congolese complaint. Given that the unlawful proceedings were instituted at a time when he had the status of a specialized organ responsible for the foreign relations of a State and, in consequence, was protected by absolute immunity and personal inviolability from criminal process, the violation of international law to the detriment of the Congo continues to exist; in transgressing the rule of customary international law governing inter-State relations, Belgium has incurred a debt not to an individual but a State, the Congo, whose organ responsible for international relations has been subjected to a rash, vexatious and unlawful measure, which calls for reparation. Yet, in response to these well-founded claims of the Applicant, the Respondent claims not to have violated the sovereign rights of its victim. On the contrary, Belgium claims to be exercising a right conferred on it by international law or fulfilling an obligation imposed on it by international law. That is why it

[62] *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 90, para. 67 (2) *(b)*; emphasis added.

[63] *Ibid.*, p. 72, para. 17.

mandat et en conséquence de réparer le préjudice subi. L'odyssée personnelle de M. A. Yerodia Ndombasi ne vide en rien le différend interétatique.

58. Il est significatif que le défendeur reconnaisse implicitement le manque de solidité de ses moyens en ces termes:

> «Même dans l'éventualité où la Cour devrait, contrairement aux conclusions de la Belgique, confirmer l'immunité de M. A. Yerodia Ndombasi, en sa qualité de ministre des affaires étrangères du Congo dans les circonstances considérées, il n'en découlerait pas qu'il demeurerait au bénéfice de l'immunité, même en occupant le poste de ministre pour ses activités de caractère privé...»[64]

59. A moins de soutenir que l'infraction commise par la Belgique a été prescrite au bout de deux ans. A priori, rien de pareil comme règle en droit international, encore moins dans la *conception africaine* du droit. En Afrique, un différend ne se dissout pas. Il se transmet, comme une dette, de succession en succession. Il en est ainsi de l'objet du litige qui est ineffaçable tant que la reconnaissance de la faute commise par l'auteur et la réparation du préjudice subi par sa victime n'ont pas eu lieu. Les dénégations non fondées du défendeur me poussent à formuler une proposition théorique.

60. Prenons l'hypothèse d'une personnalité assumant les fonctions de conseiller aux affaires africaines à la présidence ou à la primature d'une puissance donnée. Elle ordonne à ce titre la répression d'une insurrection populaire ou d'une manifestation estudiantine dans un «pays ami»[65] qui entraîne mort d'hommes. Par la suite, ce conseiller accède aux fonctions de ministre des affaires étrangères ou de secrétaire d'Etat de la puissance en question.

61. Un Etat tiers délivre alors un mandat contre le ministre ou secrétaire d'Etat au motif qu'il avait donné des ordres, en tant que conseiller, qui, dans leur mise en œuvre, ont causé des violations massives et systématiques des droits humains. La question est de savoir si pareil mandat affecte ou n'affecte pas les immunités et l'inviolabilité personnelle pénales du ministre ou du secrétaire d'Etat. A mon avis, la réponse est affirmative. C'est l'organe de l'Etat, chargé de le représenter internationalement, qui est victime de la mesure à ce moment-là.

62. A la suite d'un changement d'administration ou de gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou le secrétaire d'Etat perd son poste

---

[64] Contre-mémoire, p. 116, par. 3.4.15.

[65] Jean-Pierre Cot, *A l'épreuve du pouvoir. Le tiers-mondisme. Pour quoi faire?*, 1984, p. 85. L'auteur signale que, alors qu'il était ministre de la coopération, il a donné des ordres afin que les coopérants militaires français ne soient pas mêlés à la répression de la manifestation estudiantine de juin 1981 à Kinshasa.

refuses to cancel the warrant and thus make reparation for the injury suffered. Mr. Ndombasi's personal odyssey in no sense marks the end of the inter-State dispute.

58. It is significant that the Respondent implicitly acknowledges the weakness of its defence in the following terms:

> "Even were the Court to uphold, contrary to Belgium's submissions, the immunity of Mr. Yerodia Ndombasi *qua* Minister for Foreign Affairs of the DRC in the circumstances in issue, it would not follow that he would have been immune, even when in office, as regards conduct of a private nature . . ."[64]

59. Unless one were to contend that Belgium's offence became time-barred after two years. There is in principle no such rule in international law, even less so in the *African conception* of the law. In Africa, a dispute does not disappear. It is transmitted, like a debt, from generation to generation. The same applies to the subject-matter of the dispute, which cannot be effaced as long as there is no acknowledgment of the offence committed or reparation for the injury suffered by the victim. The Respondent's unfounded denials prompt me to present a hypothetical case.

60. Let us take the example of an individual carrying out the duties of an Adviser on African Affairs to the President or Prime Minister of a certain State. In that capacity, the individual orders the suppression of a popular uprising or a student demonstration in a "friendly country"[65], resulting in deaths. Subsequently, that Adviser is appointed Minister for Foreign Affairs or Secretary of State of the country in question.

61. A third State then issues a warrant against the Minister or Secretary of State on the grounds that he had given orders as Adviser which, when implemented, led to wide-scale and systematic violations of human rights. The question is whether such a warrant does or does not affect the criminal immunities and personal inviolability of the Minister or Secretary of State. In my opinion, the reply has to be in the affirmative. It is the organ of the State, responsible for representing that State internationally, which is the victim of that measure at that point in time.

62. Following a change in administration or government, the Minister for Foreign Affairs or Secretary of State loses his post (which is different

[64] Counter-Memorial, p. 116, para. 3.4.15.

[65] Jean-Pierre Cot, *A l'épreuve du pouvoir. Le tiers-mondisme. Pour quoi faire?*, 1984, p. 85. The author notes that, when he was Minister for Co-operation, he issued orders that French military advisers should not be involved in the suppression of the student demonstration of June 1981 in Kinshasa.

(ce qui est différent du cas Yerodia en raison des pressions extérieures). L'Etat auteur du mandat maintient son acte. Cette mesure continue-t-elle d'affecter le conseiller aux affaires africaines, le ministre des affaires étrangères ou le secrétaire d'Etat, ou touche la personne désormais libérée de toute charge gouvernementale? Je pense que c'est la date de l'émission du mandat qui définit le moment précis de la violation du droit international et la qualité en ce temps-là du destinataire de l'acte qui indique la personnalité violée dans son intégrité morale. C'est le ministre des affaires étrangères ou le secrétaire d'Etat au jour et à l'heure de l'émission du mandat qui fut atteint. Il ne s'agit ni d'un acte d'instruction émis contre une personne privée que l'ancien secrétaire d'Etat ou ministre des affaires étrangères est devenu, ni d'une mesure frappant à l'époque le conseiller aux affaires africaines. L'intangibilité des faits se dresse, impassible comme un sphinx.

63. Le principe d'une compétence dite universelle par une partie de la doctrine ne saurait être sérieusement contesté aux termes des dispositions genevoises pertinentes. Quelques réserves que je puisse avoir d'abord sur une terminologie peu heureuse au plan du droit international. Car, la *summa divisio* correcte, à mon sens, devrait retenir 1) la compétence territoriale, 2) la compétence personnelle et 3) la compétence à raison de services publics.

64. Je ne qualifierais pas de «compétence universelle» l'autorité exercée par un Etat, soit à l'égard de ses nationaux à l'étranger, qui relève de sa compétence personnelle, soit à l'égard de ressortissants étrangers en haute mer auteurs d'actes de piraterie maritime, qui rentre dans le cadre de la compétence à raison de services publics, soit à l'égard de toute personne se trouvant sur son territoire ayant porté atteinte à son ordre public, qui tombe ainsi dans le champ de sa compétence territoriale. Il en est de même de la compétence en matière de répression de certaines violations de dispositions conventionnelles que se reconnaissent les Etats. On conçoit aisément qu'une entité universelle, encore inexistante, l'Organisation des Nations Unies elle-même et son principal organe judiciaire, étant plutôt quasi universelle, puisse se prévaloir d'un pouvoir juridique universel. On sait que, en vertu des traités spécifiques auxquels ils sont parties, les membres de la communauté quasi universelle se reconnaissent le pouvoir de réprimer certaines infractions commises au-delà de leur territoire dans des conditions bien définies. Matériellement ensuite, semblable pouvoir juridique n'est pas universel. Peut-être sous l'influence peu heureuse des conceptions pénalistes[66], une partie de la doctrine internationaliste s'y réfère comme l'exercice d'une compétence universelle.

[66] L'absence de mention de «compétence universelle» n'est pas aussi rare dans les travaux des pénalistes eux-mêmes. Voir par exemple André Huet et René Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 1994.

from the case of Mr. Ndombasi, where external pressures were exerted). The State which issued the warrant continues proceedings. Does this measure continue to affect the Adviser on African Affairs, the Minister for Foreign Affairs or the Secretary of State, or does it affect the individual now freed of all governmental responsibility? I consider that it is the date of the issue of the warrant which establishes the precise moment of the internationally wrongful act and the status at that time of the person against whom the warrant is issued, naming him and violating his moral integrity. It is the Minister for Foreign Affairs or the Secretary of State on the day and at the time of the issue of the warrant who was impugned. This is not an investigative measure directed against a private individual, which the former Secretary of State or Minister for Foreign Affairs has become, nor is it a measure directed at the time against the Adviser on African Affairs. Nothing can change the facts, which, like the sphinx, remain unaffected.

63. The principle of jurisdiction which some call "universal" cannot be seriously contested in terms of the relevant provisions of the Geneva Conventions. However, I do have certain reservations about the somewhat unfortunate terminology used in international law. For, in my opinion, the correct *summa divisio* should consist of (1) territorial jurisdiction, (2) personal jurisdiction and (3) jurisdiction in the public interest.

64. I would not describe the authority exercised by a State as "universal jurisdiction", whether exercised with respect to its nationals abroad, which comes under the head of its personal jurisdiction, or with respect to foreign nationals on the high seas having committed acts of maritime piracy, which falls under the head of jurisdiction in the public interest, or with respect to any person in its territory having offended against its *ordre public*, which thus falls within the scope of its territorial jurisdiction. The same applies to the jurisdiction which States accord to themselves regarding the punishment of certain violations of treaty provisions. It is readily conceivable that a worldwide entity, not yet in existence, or the United Nations itself and its principal judicial organ, being of a quasi-universal nature, might lay claim to universal legal jurisdiction. As we know, under the specific treaties to which they are parties, the members of the quasi-universal community have the power to punish certain offences committed outside their territory in well-defined circumstances. Yet, in material terms, such legal power is not universal. Perhaps under the unfortunate influence of the views of criminal law specialists[66], certain internationalists refer to it as the exercise of universal jurisdiction. This expression does not seem appropriate in the present international

[66] References to "universal jurisdiction" are relatively rare in the works of criminal jurists themselves. See, for example, André Huet and René Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 1994.

Cette expression paraît impropre dans l'ordre international actuel[67]. Au moment où une fraction importante des Etats tend à promouvoir un mécanisme institutionnel répressif à vocation universelle, la promotion de la compétence dite universelle ne constituerait-elle pas une régression juridique?

65. Le principe d'une «compétence universelle» ainsi entendue est affirmé notamment à l'article 49 de la première convention de Genève du 12 août 1949[68]. Mais sa conception et surtout son application par le défendeur dans le cas d'espèce s'éloignent de l'état du droit en vigueur.

66. Selon l'interprétation autorisée de la stipulation conventionnelle ci-dessus, le système se fonde sur trois obligations essentielles qui sont mises à la charge de chaque partie contractante, à savoir: «promulguer une *législation spéciale*; *rechercher* toute personne prévenue d'une violation de la Convention; *juger* une telle personne ou, si la Partie contractante le préfère, la *remettre* pour jugement à un autre Etat intéressé»[69].

67. Il faut savoir gré à la Partie défenderesse d'avoir, en principe, satisfait à la première obligation, sans préjudice pour l'heure de la portée de sa législation spéciale. Il convient aussi d'apprécier le souci qui semble l'animer, à priori, de rechercher toute personne présumée avoir violé les dispositions conventionnelles pertinentes.

68. Le *satisfecit* qu'on peut adresser au défendeur sur le plan des principes laisse place à des *reproches légitimes* en raison de la portée de sa législation et de ses mesures d'application. Le mandat semble correspondre à ces dernières.

---

[67] C'est du droit international pénal, branche embryonnaire aux règles éparses et fragmentaires, que ressortit la compétence improprement dite universelle. Cette dernière ne saurait s'affranchir des marques qui caractérisent sa matrice. D'où le caractère quelque peu nébuleux d'un pouvoir juridique ancien, limité à quelques curiosités historiques telles que la répression de la traite des esclaves, étendu timidement au milieu du XX[e] siècle à la répression des infractions au droit international humanitaire. C'est de ce dernier que la doctrine et la jurisprudence spécialisées (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) s'efforcent de lui conférer une autonomie. Puisque la «compétence universelle» telle que revendiquée par la Belgique intéresse la mise en œuvre coercitive des règles humanitaires genevoises. Que le droit international positif autorise les Etats à sanctionner des infractions commises en dehors de leur territoire lorsque certaines conditions de rattachement à leur souveraineté territoriale sont réunies n'est pas contestable. Que cette compétence répressive doive être interprétée de manière stricte comme l'exige le droit pénal n'est pas non plus douteux.

[68] L'article 49 dispose:

> «Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre l'une ou l'autre de ces infractions, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité.»

[69] Jean Pictet (dir. publ.), *Commentaire de la convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 1952, p. 407; les italiques sont de moi.

order[67]. At a time when a large number of States are seeking to promote an international criminal forum with worldwide jurisdiction, would the promotion of "universal" jurisdiction not be a backward step in legal terms?

65. As thus understood, the principle of "universal jurisdiction" is laid down, in particular, in Article 49 of the First Geneva Convention of 12 August 1949[68]. But its conception, and especially its application by the Respondent in the present case, do not accord with the law as it currently stands.

66. According to the authorized interpretation of the above Article, the system is based on three essential obligations incumbent on each high contracting party, namely: "to promulgate *special legislation*; *to search for* any individual accused of violating the Convention; *to try* such individual or, if the contracting party prefers, *to hand over* the individual for trial to another interested State"[69].

67. The Respondent is to be thanked for having, in principle, satisfied the first obligation, subject to reservations as to the scope of its special legislation. Its apparent concern to search for any individual accused of having violated the relevant conventional provisions is also praiseworthy.

68. The *congratulations* due to the Respondent as regards the principles nevertheless leave room for *legitimate complaints* on grounds of the scope of its legislation and its implementing measures. The warrant would appear to come under the latter category.

---

[67] It is from international criminal law, an embryonic discipline with sparse, fragmentary rules, that what is inappropriately termed universal jurisdiction derives. But it cannot escape the marks of its original mould. Hence the somewhat nebulous character of an ancient legal power, limited to a handful of historical curiosities such as the repression of the slave trade, timidly extended in the mid-twentieth century to include the punishment of violations of international humanitarian law. It is from the latter that the specialized doctrine and jurisprudence (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) are seeking to make it autonomous. For the "universal jurisdiction" claimed by Belgium concerns coercive implementation of the humanitarian rules of Geneva. It is beyond dispute that positive international law authorizes States to penalize offences committed outside their territory when certain conditions relating to the appurtenance to their territorial sovereignty have been met. Nor is there any doubt that this penal jurisdiction should be strictly interpreted, in conformity with the requirements of criminal law.

[68] Article 49 states:

> "Each high contracting party shall be obliged to search for persons presumed to have committed or ordered to have committed one or other of these offences, and must bring them before their own courts, irrespective of their nationality."

[69] Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 1952, p. 407; emphasis added.

1. Législation spéciale

69. Aucun des deux Etats (Suisse et Yougoslavie) cités dans le commentaire ci-dessus n'avait adopté une législation aussi géographiquement universelle que le texte belge. Les développements du commentaire ne reflètent que le souci de la répression des infractions. Le commentaire prévient même qu'«aucune allusion n'est faite à la responsabilité que pourraient encourir des personnes qui ne sont pas *intervenues pour empêcher une infraction ou la faire cesser*». Face au «silence de la Convention on doit admettre que c'est à la législation nationale qu'il appartient de régler cette matière»[70].

2. Recherche et poursuite des auteurs

70. Non seulement le commentaire met l'accent sur une répression des inculpés sans égard à leur nationalité, mais encore il retient le rattachement territorial. Rien de plus normal dans l'état du droit international classique ainsi codifié à Genève: à partir du moment où l'une des Parties contractantes

> «a connaissance du fait qu'une personne *se trouvant sur son territoire* aurait commis une telle infraction, son devoir est de veiller à ce qu'elle soit arrêtée et poursuivie rapidement»[71].

Ce n'est donc pas seulement sur la demande d'un Etat que l'on devra entreprendre les recherches policières nécessaires, mais aussi spontanément. Au-delà du territoire national qui limite en principe l'exercice de l'autorité de l'Etat qu'elle soit législative, exécutive ou judiciaire, à mon avis, le commentaire désigne tout naturellement le *mécanisme de coopération judiciaire* qu'est l'extradition dans la mesure où «des charges suffisantes» sont retenues contre l'inculpé[72]. Non seulement il n'y a pas de traité d'extradition entre les Parties en présence relativement à la matière, mais encore le Congo dit appartenir à la conception juridique qui refuse d'extrader ses nationaux. Argument décisif, il ajoute ne pouvoir poursuivre M. A. Yerodia Ndombasi faute de charge à son égard, puisqu'il ne lui reproche rien.

71. L'exercice de la compétence dite universelle suppose donc l'existence de «charges suffisantes», selon les termes des conventions humanitaires[73]. Y en a-t-il dans le cas d'espèce? L'Etat demandeur les a reje-

---

[70] Jean Pictet (dir. publ.), *Commentaire de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 1952, p. 409; les italiques sont de moi.

[71] *Ibid.*, p. 411; les italiques sont de moi.

[72] *Ibid.*

[73] Voir par exemple l'article 129, al. 2, de la troisième convention de Genève du 12 août 1949.

1. Special Legislation

69. Neither of the two States (Switzerland and Yugoslavia) cited in the above-mentioned Commentary have adopted legislation with such universal geographical reach as the Belgian warrant. The passages in the Commentary merely reflect a concern to punish offences. The Commentary even warns that "no reference is made to the responsibility which could be incurred by individuals who have not *intervened to prevent an offence or to halt it*". Given "the Convention's silence, it must be accepted that it is for national legislation to settle the matter"[70].

2. Searching for and Prosecuting the Perpetrators

70. Not only does the Commentary emphasize the punishment of the accused irrespective of their nationality, it also endorses the territorial link, which, under classical international law as thus codified at Geneva, is in fact the norm:

> "As soon as one of the contracting parties is aware of the fact that an individual *present on its territory* has committed such an offence, its duty is to ensure that the individual is arrested and prosecuted quickly."[71]

Thus, it is not only at the request of a State that the necessary police investigations can be undertaken, but they may also be carried out unprompted. Beyond the confines of national territory, where in principle the exercise of State authority, whether legislative, executive or judicial, must end, the Commentary — quite naturally in my view — refers to the *mechanism of judicial co-operation*, that is to say extradition, where "adequate charges are brought against the accused"[72]. Not only is there no extradition treaty between the Parties concerned regarding this matter, but the Congo also subscribes to the legal principle that it cannot extradite its own nationals. It adds — an argument decisive of the matter — that it is unable to prosecute Mr. Ndombasi for lack of any charges against him, there being nothing it accuses him of.

71. The exercise of "universal" jurisdiction thus presupposes the existence of "adequate charges", under the terms of the humanitarian conventions[73]. Are there any in this case? The Applicant has rejected

[70] Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 1952, p. 409; emphasis added.

[71] *Ibid.*, p. 411; emphasis added.

[72] *Ibid.*

[73] See, for example, Article 129 (2) of the Third Geneva Convention of 12 August 1949.

l'humanité, au sens transtemporel et transpatial que R.- buait à ce mot, du moins justicier sans frontières d'ap du «sans frontiérisme». A la limite, cette revendication international lui-même puisque ce dernier règle essentiel tions entre des structures aux frontières définies: les Etats. appréciation minimale, l'Etat défendeur viole le droit inte saurait, en l'état actuel, superbement le transcender. d'Etat en fonction, Laurent Gbagbo (Côte d'Ivoire), le 26 dam Hussein, le 29 juin 2001, Fidel Castro (Cuba), le Denis Sassou Nguesso (Congo-Brazzaville), le 4 octobr Arafat, le 27 novembre 2001, un premier ministre, Ariel le 1er juillet 2001, un ministre des affaires étrangères en laye Yerodia Ndombasi, le 11 avril 2000, font l'objet de poursuites judiciaires devant les juridictions belges pour internationaux». La liste est loin d'être exhaustive, si décembre 2001 le président Paul Biya (Cameroun). Joe V raison de craindre l'instauration d'un chaos, par définitio l'ordre déjà difficile, dans le milieu international. La C qu'être interpellée.

80. On mentionnera de manière appuyée que seul M. A. Yerodia Ndombasi s'est vu infliger un «mandat tional». Très curieux. Il convient de souligner aussi qu contre M. Ariel Sharon, suivies attentivement de par le été suspendues, au bas mot, que la Belgique cherche dernier une porte de sortie honorable à coup d'*arguties* depuis les plus hautes autorités politiques du pays se so conférences dans les universités (ULB) pour dénoncer s absurdités de cette loi, que l'un des conseils de la Belgi doctrine d'enseignement à l'issue des plaidoiries de dans le sens d'un rattachement territorial *sine qua n* loi belge à l'épreuve des rapports de force internatio parier que les poursuites initiées à la suite d'une pla ciables impénitents» contre M. A. Sharon sont mort-née

81. Ni au titre d'obligation examinée plus haut, ni au rogative à elle attribuée par le droit international, la Belg

[78] Joe Verhoeven, «M. Pinochet, la coutume internationale et l verselle», *Journal des tribunaux*, 1999, p. 315, et, du même auteur, «V sif universel? Quelques observations», *Annuaire français de droit i* p. 55. D'autre part, «Que se passerait-il si un plaignant poursuivait d belges M. Chirac qui a servi durant la guerre d'Algérie où des massac par l'armée française?» aurait interrogé un haut fonctionnaire israél plainte déposée par M. Sharon, premier ministre d'Israël. (*The Washi* 2001, Washington Post Foreign Service, Karl Vick, p. 101: «Dea War May Approach 3 Million».)

human race in the trans-temporal and trans-spatial sense attributed to this term by R.-J. Dupuy, then at least as arbiter of transnational justice, in accordance with the doctrine of "law without frontiers". This approach could even be said to transcend international law itself, since the latter deals essentially with relations between structures with defined borders, namely States. Yet even a cursory assessment shows that the Respondent is violating international law. It is not entitled, as the law currently stands, disdainfully to transcend it. Thus, Heads of States in office Laurent Gbagbo (Côte d'Ivoire) on 26 June 2001, Saddam Hussein on 29 June 2001, Fidel Castro (Cuba) on 4 October 2001, Denis Sassou Nguesso (Congo-Brazzaville) on 4 October 2001, Yasser Arafat on 27 November 2001, a Prime Minister, Ariel Sharon (Israel) on 1 July 2001, an incumbent Minister for Foreign Affairs, Abdulaye Yerodia Ndombasi on 11 April 2000, are the subject of complaints or prosecutions before the Belgian courts for various "international crimes". The list is still far from exhaustive, the name of President Paul Biya (Cameroon) having been added in December 2001. Joe Verhoeven[78] rightly feared that the result would be chaos, by definition the opposite of an order already precarious in the international arena. The Court must necessarily be called upon to intervene.

80. It should be strongly emphasized that Mr. A. Yerodia Ndombasi would appear to be the only person to have been served with an "international arrest warrant". Most singular. It should also be emphasized that the proceedings against Mr. Ariel Sharon, closely watched all over the world, have apparently been quietly put on hold while Belgium seeks an honourable way out for him through a form of a legal technicality: that since then the highest political authorities in the land have been queuing up at the universities (ULB) to give lectures abruptly denouncing the absurdities of this law, and that, since the close of the oral argument in November 2001, one of Belgium's counsel has altered his teaching in favour of a *sine qua non* territorial connection. Such is the showing of the Belgian Law when put to the test of international Realpolitik. The chances are that the proceedings instituted following a complaint by "unrepentant subjects of law" against Mr. A. Sharon will be a dead letter.

81. Belgium has neither any obligation — as discussed above — nor any entitlement under international law to pose as prosecutor for all

[78] Joe Verhoeven, "M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle", *Journal des tribunaux*, 1999, p. 315, and, by the same author, "Vers un ordre répressif universel? Quelques observations", *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 55. Also, "what would happen if a plaintiff prosecuted Mr. Chirac in the French courts for having served in the Algerian War, when massacres were carried out by the French army?" a senior Israeli official is said to have asked following the complaint filed by Mr. Sharon, the Israeli Prime Minister. (*The Washington Post*, 30 April 2001, Washington Post Foreign Service, Karl Vick, p. 101: "Death Toll in Congo War May Approach 3 Million".)

tées[74]. Des bâtonniers congolais ont soutenu devant les médias locaux, au lendemain de la notification du mandat le 12 juillet 2000, que «le dossier était vide». L'Etat défendeur n'a pas rapporté dans son mandat des charges suffisantes, hormis l'affirmation qui reste à démontrer que son inculpé a «activement et directement» participé à la commission des infractions graves de droit international humanitaire.

72. D'autre part, quel est le critère objectif qui autoriserait l'exercice de la compétence universelle par défaut par un Etat devant plusieurs situations de non-exercice? Est-ce le *core crimes* ? Il y en aurait plusieurs. D'où la légitimité du critère territorial qui départage les compétences entre Etats en présence. Sinon, le critère politique d'opportunité triompherait. On comprend alors que les conséquences des événements tragiques au Congo en août 1998 aient offert l'alibi au mandat du 11 avril 2000. Mais que l'*extermination* de plus de deux millions et demi de Congolais depuis la même date par les agresseurs rwandais, ougandais et burundais demeure, jusque-là, impunie.

73. La Partie défenderesse s'est acharnée, dans la droite ligne de son esprit singulier, à criminaliser le comportement du demandeur. Elle s'est évertuée jusqu'au bout à chercher à troubler la conscience des juges. Non seulement elle s'est trompée de prétoire — la Cour n'étant en rien une juridiction de fond relativement à une responsabilité pénale individuelle éventuelle —, mais encore elle n'a pas rapporté la preuve de cette dernière. Il convient de rappeler que *actori incumbit probatio*, mais aussi *allegans probat*.

74. L'ancienne colonie modèle du Congo belge doit-elle, sans *preuve*, poursuivre l'un des dirigeants congolais, qui s'est dressé, comme partout ailleurs, contre des envahisseurs étrangers et leurs auxiliaires congolais? L'idée selon laquelle un Etat aurait le pouvoir juridique de connaître des infractions éventuelles commises à l'étranger, par des étrangers, contre des étrangers, alors même que le suspect éventuel se trouve en territoire étranger, est contraire à la conception du droit international.

75. L'article 129, alinéa 2, de la troisième convention genevoise énonçant le principe *aut dedere aut judicare* en matière de sanctions pénales pose l'exigence de «charges suffisantes». Il n'a aucunement envisagé une compétence dite universelle par défaut *(in absentia)*. Puisque le commen-

[74] Mémoire de la République démocratique du Congo, p. 38, par. 57:

> «Les paroles [que M. Yerodia] a notamment prononcées le 28 août 1998 n'ont fait l'objet de la part des autorités publiques belges d'aucune mise en contexte, ni historique ni culturelle. Elles ont été abusivement interprétées par celles-ci ... alors que le lien de causalité entre ces paroles et certains actes inqualifiables de violence ... est loin d'être clairement établi.»

Quant au contre-mémoire du Royaume de Belgique, il reprend (p. 11, par. 1.10) les faits tels que repris dans le mandat du 11 avril 2000 après avoir annoncé: «il n'est pas nécessaire d'approfondir ces faits qui seront traités brièvement dans la partie III».

them[74]. Presidents of the Congolese Bar asserted before local media, the day after notification of the warrant on 12 July 2000, that "the case-file was empty". In its warrant, the Respondent failed to specify adequate charges, apart from an unproven assertion that the accused "actively and directly" participated in committing serious offences under international humanitarian law.

72. What, moreover is the objective criterion which would authorize a State to exercise universal jurisdiction by default in various situations where no jurisdiction has normally been exercised? Is it that these are *core crimes*? There are said to be a number of them. Hence the legitimacy of the territorial criterion, which allocates jurisdiction as between the States concerned. Otherwise the political criterion of expediency would hold sway. It is accordingly understandable that the consequences of the tragic events in the Congo in August 1998 provided a pretext for the warrant of 11 April 2000, whereas the *extermination* of over two and a half million Congolese since that date by Rwandan, Ugandan and Burundian aggressors has so far gone unpunished.

73. The Respondent has done everything it can, in accordance with its egregious approach, to criminalize the Applicant's conduct. To the bitter end it has done its utmost to try and prick the conscience of the judges. Not only has it chosen the wrong forum — this Court not being one dealing with matters of substance relating to possible individual criminal responsibility — it has failed, moreover, to provide proof of such responsibility. It should be remembered that *actori incumbit probatio*, but also that *allegans probat*.

74. Should the former model colony of the Belgian Congo, without any *proof*, prosecute one of the Congolese leaders, who, like his fellow countrymen, rose up against the foreign invaders and their Congolese henchmen? The idea that a State could have the legal power to try offences committed abroad, by foreigners against foreigners, while the suspect himself is on foreign territory, runs counter to the very notion of international law.

75. Article 129, paragraph 2, of the Third Geneva Convention, setting out the principle *aut dedere aut judicare* with respect to criminal penalties, lays down the requirement of "adequate charges". In no wise has it contemplated a so-called jurisdiction by default *(in absentia)*. Thus the

[74] Memorial of the Democratic Republic of the Congo, p. 38, para. 57,

> "the Belgian authorities failed to place his [Mr. Yerodia's] statements, notably those made on 28 August 1998, in any historical or cultural context. They improperly interpreted them . . . but the causal connection between those words and certain unspeakable acts of violence . . . is far from having been clearly established."

For its part the Counter-Memorial of the Kingdom of Belgium reiterates (p. 11, para. 1.10) the facts as stated in the warrant of 11 April 2000, after announcing: "it is not necessary to go into these facts at this point, although relevant aspects will be addressed briefly in Part III below".

taire y relatif vise expressément l'hypothèse où l'inculpé «se trouve sur son territoire» (de l'Etat partie).

76. C'est en vain qu'on explorerait, dans la pratique récente, soit un texte législatif, soit une jurisprudence interne aussi osée. Par sa loi de 1945 sur les crimes de guerre, telle que modifiée en 1988, l'*Australie* dit que «seul un ressortissant ou un *résident* australien peut être poursuivi au titre de la loi de 1988» (section 11 de la loi ci-dessus). *[Traduction du Greffe.]* La High Court de l'Australie avait reconnu, à l'occasion de l'affaire *Polyukhovich* v. *Commonwealth of Australia*, que la juridiction australienne avait le pouvoir d'exercer «une compétence reconnue par le droit international comme *une compétence universelle*» à l'égard des crimes de guerre[75].

77. Le rattachement territorial est aussi visé par le Code pénal autrichien pour ce qui a trait à la poursuite des crimes internationaux tels que le génocide (voir application dans l'affaire *Dusko Cvjetkovic* du 13 juillet 1994). Le rattachement personnel ou territorial est aussi requis par l'article 7 du Code pénal du Canada, tel que revisé en 1985. Il a été appliqué dans l'affaire *R* v. *Finta*. La France prévoit aussi ce rattachement «si [la personne] *se trouve en France*»[76]. Il serait fastidieux de multiplier les exemples.

78. S'il est permis de recourir au *raisonnement par analogie*, on relèvera que, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt*, la Cour avait précisément déclaré au sujet des droits humains:

> «[Q]uand les droits de l'homme sont protégés par des conventions internationales, cette protection se traduit par des dispositions prévues dans le texte des conventions elles-mêmes et qui sont destinées à vérifier ou à assurer le respect de ces droits.»[77]

Les instruments genevois ont bien circonscrit à l'époque les droits et les obligations des Etats sur ce point. Il est certain que les auteurs de ces textes n'ont nullement envisagé l'interprétation excessive belge. D'autre part, la pratique ultérieure ne montre guère une évolution de la norme conventionnelle au plan coutumier dans cette perspective. Elle aurait pu être codifiée dans la convention de Rome du 17 juillet 1998. Tel n'est pas le cas. Aussi la Belgique a, une année après l'adoption de celle-ci, innové radicalement et solitairement. Sentiments humanitaires obligent!

79. En décidant à l'article 7 de la loi du 16 juin 1993, telle qu'amendée le 10 février 1999, que «[l]es juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu *où celles-ci auront été commises*», la Belgique a adopté une législation totalement *insolite*. Elle s'est autoproclamée sinon procureur de

[75] *Polyukhovich* v. *Commonwealth of Australia* (1991) 172 CLR 501, p. 562; les italiques sont de moi. *[Traduction du Greffe.]*
[76] Article 689-1 du Code de procédure pénale.
[77] *C.I.J. Recueil 1986*, p. 134, par. 267.

Commentary on this provision expressly contemplates a situation where the accused "is present on the territory" (of the State party).

76. In vain would one look, in recent practice, for a legislative text or domestic jurisprudence as far-going as this. In its War Crimes Act 1945, as amended in 1988, *Australia* states that "only an Australian citizen or *resident* can be charged under the 1988 Act" (Section 11 of the above Act). In *Polyukhovich* v. *Commonwealth of Australia*, the Australian High Court had recognized that the Australian courts had the power to exercise "a jurisdiction recognized by international law *as universal jurisdiction*" vis-à-vis war crimes[75].

77. A territorial connection is also required by the Austrian Criminal Code in relation to the prosecution of international crimes such as genocide (see its application in the *Dusko Cvjetkovic* case of 13 July 1994). A personal or territorial connection is also required by Article 7 of the Canadian Criminal Code, as revised in 1985. It was applied in *R* v. *Finta*. France, too, requires this connection: "where [the individual] *is present in France*"[76]. It would be tiresome to list all the many examples.

78. If I may resort to *reasoning by analogy*, it is noteworthy that, in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits*, the Court held, specifically with respect to human rights, that:

> "where human rights are protected by international conventions, that protection takes the form of such arrangements for monitoring or ensuring respect for human rights as are provided for in the conventions themselves"[77].

At the time of their adoption, the Geneva Conventions clearly circumscribed the rights and obligations of States on this point. The authors of those instruments certainly in no way contemplated the excessively wide interpretation adopted by Belgium. Moreover, there has been scant evidence in the subsequent practice of any customary development of treaty law in this direction. It could have been codified in the Rome Convention of 17 July 1998, but was not. Thus, one year after the adoption of that Convention, Belgium has introduced a radical innovation of its own. Such concern for humanity!

79. In providing, in Article 7 of the Law of 16 June 1993, as amended on 10 February 1999, that "Belgian courts have jurisdiction to try the offences provided for in the present Law, irrespective of *where such offences have been committed*", Belgium adopted legislation that was totally unprecedented. It set itself up, if not as the prosecutor for the

[75] *Polyukhovich* v. *Commonwealth of Australia* (1991) 172 CLR 501, p. 562; emphasis added.
[76] Article 689-1 of the Code of Criminal Procedure.
[77] *I.C.J. Reports 1986*, p. 134, para. 267.

se poser en procureur de l'humanité, à savoir prétendre assumer le malheur des hommes au-delà des frontières étatiques et au-delà des générations. La pratique des Etats signalée ci-dessus vaut également pour les présents développements. Pour autant il ne s'agit nullement de couvrir une impunité quelle qu'elle soit dans le temps et dans l'espace, y compris lors des guerres de conquête coloniale et de reconquête néocoloniale en Afrique, en Amérique, en Asie, en Europe et en Océanie.

82. Victime de la violence[79] des agresseurs et du cortège d'infractions graves au droit international humanitaire, telle que la prise en otage du barrage d'Inga entraînant la coupure d'électricité et d'eau, notamment à Kinshasa, ville de plus de cinq millions d'habitants d'où il en résulta plusieurs morts, le peuple congolais n'a de cesse d'exiger le retrait des forces armées régulières d'occupation de l'Ouganda, du Rwanda et du Burundi. Il sollicite en outre l'établissement d'un tribunal pénal international sur le Congo. Ce dernier jugerait toutes les personnes, auteurs, coauteurs ou complices, Africains et non-Africains, ayant commis des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, comme l'extermination de plus de deux millions cinq cent mille Congolais[80] dans les régions sous occupation étrangère depuis le 2 août 1998. A priori, ces victimes-là n'intéressent pas (encore) la Belgique. Elle, dont le passé colonial[81] et néocolonial[82] est, à tort ou à raison, jugé tristement célèbre dans le domaine des droits humains au Congo. Là perdure une situation de violations graves, systématiques et massives des droits humains qui doivent interpeller l'opinion internationale. Pour emprunter les mots justes de l'ambassadeur de France à Kinshasa: «devant pareil enjeu, les choses doivent être dites clairement. On ne peut jouer indéfiniment dans la sémantique lorsqu'un peuple entier est en train d'agoniser.» Car, «c'est le temps de guerre et ... les armées d'occupation se trouvent sur le sol congolais en dépit des injonctions de la communauté internationale»[83].

---

[79] Voir, S. Oda, déclarations jointes à l'ordonnance du 9 avril 1998 en l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 260, par. 2, et à l'ordonnance du 3 mars 1999, en l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 18, par. 2, sur la nécessité de tenir compte des droits des victimes d'actes de violence (aspect qui a souvent été négligé).

[80] Source: International Rescue Committee (USA), http://intranet.theirc.org/docs/mortll_report_small.pdf.

[81] Adam Horschild, *Le fantôme du Roi Léopold. Un holocauste oublié*, 1998, p. 264-274; Daniel Vangroenweghe, *Du sang sur les lianes. Léopold II et son Congo*, 1986, p. 18-123; Barbara Emerson, *Léopold II. Le Royaume et l'Empire*, 1980, p. 248-251.

[82] Voir CR 2000/34, p. 16, sur la plaidoirie acérée du Congo et Noam Chomsky, *Autopsie des terrorismes*, 2001, p. 12-13.

> «Les puissances européennes menaient la conquête d'une grande partie du monde, avec une brutalité extrême. A de très rares exceptions, ces puissances n'ont pas été en retour attaquées par leurs victimes..., ni la Belgique par le Congo...»

[83] Voir discours de M. Gildas Le Lidec, ambassadeur de France à Kinshasa, le 14 juillet 2001, à l'occasion de la fête nationale de la République française, *Le Palmarès*, n° 2181 du 16 juillet 2001, p. 8.

mankind, in other words, to claim the right to redeem human suffering across national borders and over generations. The State practice referred to above also applies to my comments here. In no sense, however, is this to argue the case for impunity, whether geographical or temporal, including in wars of colonial conquest and neo-colonial reconquest in Africa, America, Asia, Europe and Oceania.

82. As victims of the violence[79] of the aggressors and the series of grave breaches of international humanitarian law, such as the occupation of the Inga Dam and the severing of power and water supplies, particularly in Kinshasa, a city of over 5 million people, resulting in numerous deaths, the Congolese people have consistently called for the withdrawal of the regular occupying forces from Uganda, Rwanda and Burundi. They have also called for the setting up of an international criminal tribunal on the Congo. This tribunal would try all persons, whether perpetrators, co-perpetrators or accomplices, whether African or non-African, having committed war crimes and crimes against humanity, such as the extermination of over two-and-a-half million Congolese[80] in the regions under foreign occupation since 2 August 1998. It would seem that those victims are (as yet) of no concern to Belgium, sadly notorious — rightly or wrongly — for its colonial[81] and neo-colonial[82] past in the field of human rights in the Congo, where a situation of grave, systematic and massive human rights violations persists which requires a response from international opinion. To echo the very fitting words of the French Ambassador to Kinshasa: "on such an issue, there must be no beating about the bush. Endless semantics are not an option when an entire people is dying." For "it is war . . . the occupying armies are on Congolese soil despite the injunctions of the international community"[83].

---

[79] See S. Oda, declaration appended to the Order of 9 April 1998 in the case concerning the *Vienna Convention on Consular Relations, Provisional Measures, I.C.J. Reports 1998*, p. 260, para. 2, and the Order of 3 March 1999 in *LaGrand (Germany* v. *United States of America), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 18, para. 2, on the need to take account of the rights of the victims of violent attacks (an aspect often neglected).

[80] Source: International Rescue Committee (USA), <http://intranet.theirc.org/docs/mortll_report_small.pdf.>

[81] Adam Horschild, *Le fantôme du Roi Léopold. Un holocauste oublié*, 1998, pp. 264-274; Daniel Vangroenweghe, *Du sang sur les lianes. Léopold II et son Congo*, 1986, pp. 18-123; Barbara Emerson, *Léopold II. Le Royaume et l'Empire*, 1980, pp. 248-251.

[82] See CR 2000/34, p. 16, on the scathing argument of the Congo and Noam Chomsky, *Autopsie des terrorismes*, 2001, pp. 12-13.

> "The European Powers conquered a large part of the world with extreme brutality. With very few exceptions, these Powers were not attacked by their victims in return . . ., nor was Belgium attacked by the Congo . . ."

[83] See the speech by Mr. Gildas Le Lidec, French Ambassador in Kinshasa, on 14 July 2001, on the occasion of the French national holiday, *Le Palmarès*, No. 2181, of 16 July 2001, p. 8.

83. Il suffit maintenant de signaler quelques vues doctrinales qui montrent peut-être l'ampleur de la controverse sur la question. A en croire P.-M. Dupuy, «encore rarement reconnue en droit coutumier, la compétence universelle ne l'est alors que de *façon facultative*»[84]. L'auteur s'appuie sur le fait que la Cour de cassation française «a confirmé le refus de la Cour d'appel de voir dans les conventions de Genève de 1949 une base de droit pour l'invocation d'une telle compétence»[85]. Enfin, il relève que «la convention de Rome n'institue ... pas vraiment une compétence universelle, puisqu'elle s'établit en fonction de celle de l'Etat de nationalité du criminel et/ou celle de l'Etat où l'infraction a été commise»[86]. Quant à François Rigaux, il préfère ne pas se prononcer «sur un thème actuel et controversé»[87]. A l'opposé, Mario Bettati est d'avis que «la compétence universelle ... fonde n'importe quel Etat à poursuivre des crimes d'autant plus graves qu'ils mêlent parfois ceux commis contre les lois de la guerre et ceux accomplis contre l'humanité»[88]. L'affirmation n'est guère suivie de démonstration. A l'opposé, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler et Alain Pellet la signalent comme «un principe controversé»[89]. Olivier T. Covey ne l'admet que si l'auteur de l'infraction «est par la suite retrouvé sur le territoire national»[90]. Les partisans de la compétence universelle reconnaissent cette dernière à condition que l'inculpé «se trouve sur son territoire»[91]. Pour leur part, Jean Combacau et Serge Sur soulignent que «les Etats restent fidèles aux critères territorial et personnel, et s'abstiennent de tout recours à une compétence universelle ou réelle»[92]. Quant à Philippe Weckel, observant la mention dans le préambule du traité de Rome du 28 juillet 1998 de la compétence universelle, il note néanmoins l'omniprésence de la «souveraineté judiciaire des Etats»; car comme le démontre déjà la pratique de la Belgique, «une compétence universelle ... s'exercerait en définitive de manière unilatérale»[93].

84. Le mandat du 11 avril 2000 a produit des effets juridiques tant sur le plan interne belge que sur le plan international.

---

[84] Pierre-Marie Dupuy, *loc. cit.*, p. 293; les italiques sont de moi.

[85] *Ibid.*, p. 294.

[86] *Ibid.*

[87] François Rigaux, «Le concept de territorialité: un fantasme en quête de réalité», dans *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, 1999, p. 211.

[88] Mario Bettati, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, 1996, p. 269.

[89] Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler et Alain Pellet, *Droit international public*, 1999, p. 689.

[90] Olivier T. Covey, «La compétence des Etats», *Droit international. Bilan et perspectives*, 1991, p. 336.

[91] Brigitte Stern, «A propos de la compétence universelle», dans *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, p. 748.

[92] Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 1993, p. 351.

[93] Ph. Weckel, «La Cour pénale internationale», *Revue générale de droit international public*, t. 102, n° 4, 1998, p. 986, 989. D'après les vues d'un pénaliste du Congo, Nyabirungu Mwene Songa, *Droit pénal général*, 1995, p. 77 et 79, le «systeme dit de compétence universelle de la loi pénale donne au juge du *lieu d'arrestation* le pouvoir de juger» (les italiques sont de moi).

83. The views of a few legal writers will suffice to indicate the scale of the dispute on this issue. According to P.-M. Dupuy, "still seldom recognized in customary law, universal jurisdiction can thus only be *optional*"[84]. The author cites in his support the fact that the French Court of Cassation "has confirmed the refusal by the Appeal Court to see the 1949 Geneva Conventions as providing any legal basis for invoking such jurisdiction"[85]. He concludes that "the Rome Convention does not . . . institute true universal jurisdiction, based as it is on the jurisdiction of the State of nationality of the perpetrator and/or that of the State where the offence was committed"[86]. As for François Rigaux, he prefers not to commit himself "on a controversial, topical theme"[87]. Mario Bettati, on the other hand, considers that "universal jurisdiction . . . provides grounds for any State to prosecute crimes which are all the more serious because they sometimes involve both crimes against the laws of war and crimes against humanity"[88]. No proof is provided for this assertion. By contrast, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler and Alain Pellet refer to it as "a disputed principle"[89]. Olivier T. Covey only accepts it if the author of the offence "is later found on national territory"[90]. The advocates of universal jurisdiction recognize it provided the accused "is present on its territory"[91]. Jean Combacau and Serge Sur, however, point out that "States remain faithful to territorial and personal criteria and refrain from any recourse to universal or *in rem* jurisdiction"[92]. And Philippe Weckel, while observing the reference to universal jurisdiction in the Preamble to the Treaty of Rome of 28 July 1998, nevertheless notes the ubiquitous presence of the "judicial sovereignty of States"; for, as Belgian practice has already shown, "universal jurisdiction . . . would ultimately seem to be exercised unilaterally"[93].

84. The warrant of 11 April 2000 produced legal effects both internally in Belgium and internationally.

---

[84] Pierre-Marie Dupuy, *loc. cit.*, p. 293; emphasis added.

[85] *Ibid.*, p. 294.

[86] *Ibid.*

[87] François Rigaux, "Le concept de territorialité: un fantasme en quête de réalité", in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, 1999, p. 211.

[88] Mario Bettati, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, 1996, p. 269.

[89] Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler and Alain Pellet, *Droit international public*, 1999, p. 689.

[90] Olivier T. Covey, "La compétence des Etats", *Droit international. Bilan et perspectives*, 1991, p. 336.

[91] Brigitte Stern, "A propos de la compétence universelle", in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, p. 748.

[92] Jean Combacau and Serge Sur, *Droit international public*, 1993, p. 351.

[93] P. Weckel, "La Cour pénale internationale", *Revue générale de droit international public*, Vol. 102, No. 4, 1998, pp. 986, 989. According to one criminal expert from the Congo, Nyabirungu Mwene Songa, *Droit pénal general*, Kinshasa, 1995, pp. 77 and 79, the "so-called system of universal jurisdiction gives the court of the *place of arrest* the power of trial" (emphasis added).

85. Au plan interne d'abord. Juridiquement, il paraît évident que l'émission du mandat à l'encontre du ministre des affaires étrangères constitue un fait illicite puisqu'elle viole les immunités et l'inviolabilité pénales attachées à ce dernier. Au plan formel, il s'agit d'un acte coercitif par nature. Sous l'angle matériel, la teneur de cet instrument ne fait guère mystère du sort réservé à l'organe étranger. Il est exigé des agents de l'autorité publique belge d'appréhender physiquement un ministre des affaires étrangères d'un autre Etat souverain! Du point de vue téléologique, il vise à anéantir la liberté d'aller et de venir ainsi que la dignité inhérente à un organe d'un pays indépendant. Sous l'angle organique, le juge d'instruction, qui a agi à l'encontre du ministre en question, ne se confond pas avec un agent du protocole d'Etat. A bon droit, la Cour dit au sujet du mandat:

> «[sa] seule émission ... portait atteinte à l'immunité... La Cour en conclut que l'émission dudit mandat a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, en ce qu'elle a méconnu l'immunité [dont bénéficiait] ce ministre ... en vertu du droit international.» (Arrêt, par. 70.)

86. Tels sont les éléments objectifs qui attestent de la production des effets juridiques par le mandat insolite. Qu'il n'ait pas été exécuté matériellement est une autre question. Il était susceptible de l'être. Que l'Etat défendeur puisse mépriser vis-à-vis d'un pair les règles de courtoisie élémentaires entre Etats dits civilisés passe encore en droit. Le mandat a bel et bien jeté le discrédit sur les organes de l'Etat congolais traités de manière aussi discourtoise et illicite. Il y a davantage.

87. Au plan international, qui nous préoccupe le plus, s'agissant d'une atteinte flagrante au droit international coutumier des immunités, il convient de rappeler l'analyse esquissée dès la phase de l'examen de la demande de mesures conservatoires. Au demeurant, la motivation de l'arrêt semble bien faire ressortir le préjudice juridique ainsi subi[94].

88. Ainsi que je l'ai indiqué en la phase de demande de mesures conservatoires, le mandat querellé a causé un préjudice à la diplomatie congolaise. Si son chef a néanmoins pu se déplacer sans entrave dans l'hémisphère Sud en vue de participer à des rencontres diplomatiques tendant à mettre un terme au conflit armé au Congo, il n'a pu par contre effectuer de tels déplacements dans d'autres régions qui comptent beaucoup pour le règlement du conflit. Quand bien même si l'Etat congolais y a pu être représenté, il l'a été à un échelon inférieur. La substance des pourparlers de paix au niveau des ministres des affaires étrangères en a été affectée en raison de la règle de préséance diplomatique. En fin de compte, les prérogatives de souveraineté internationale du Congo ont subi des dommages[95].

---

[94] Voir l'arrêt, par. 70 et 71.

[95] Voir aussi S. Bula-Bula, opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 8 décembre 2000, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2000*, p. 222, par. 16.

85. To begin with the internal aspect. Juridically, it seems clear that serving a warrant on a Minister for Foreign Affairs constitutes an unlawful act, as it breaches both his inviolability and his immunity from criminal jurisdiction. Formally, it is by nature an act of coercion. Materially, its terms make no secret of the fate which awaits the Foreign Minister. The agents of the Belgian authorities are required physically to apprehend a Minister for Foreign Affairs of another sovereign State! In terms of its purpose, the warrant seeks to extinguish the freedom to come and go as well as to destroy the inherent dignity of an organ of an independent country. Organically, the investigating judge who acted against the Minister concerned is not to be confused with an agent of State protocol. Regarding the warrant, the Court rightly states:

> "its mere issue violated . . . immunity . . . The Court accordingly concludes that the issue of the warrant constituted a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of that Minister . . . under international law." (Judgment, para. 70.)

86. These are the objective elements showing that this unprecedented warrant produced legal effects. The fact that it was not physically implemented is another matter. It could have been implemented. That the Respondent may flout the rules of elementary courtesy between supposedly civilized States with respect to another State is one thing in law. The warrant quite simply discredited the Congolese organs of State, treating them in an altogether discourteous and unlawful manner. And that is not all.

87. At international level, our main focus of attention here, since we are dealing with a flagrant breach of customary international law on immunities, I need only refer to my analysis at the provisional measures stage. Moreover, the reasoning of the Judgment does indeed appear to underline the legal harm thus suffered[94].

88. As I indicated at the preliminary measures stage, the disputed warrant caused prejudice to Congolese diplomacy. While the head of the diplomatic corps was nevertheless able to travel unimpeded in the southern hemisphere in order to attend diplomatic meetings aimed at bringing an end to the armed conflict in the Congo, he was, on the other hand, unable so to travel in other regions much more important for settlement of the conflict. Even if the Congolese State was represented there, it was at a lower level. The result was that the substance of the peace talks at foreign ministerial level was adversely affected by virtue of the rule of diplomatic precedence. Ultimately, the Congo's international sovereignty prerogatives suffered prejudice[95].

[94] Judgment, paras. 70 and 71.

[95] See also S. Bula-Bula, dissenting opinion appended to the Order of 8 December 2000, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2000*, p. 222, para. 16.

89. En particulier le fonctionnement régulier et continu du service public des affaires étrangères a pu être perturbé par cette ingérence politico-judiciaire dès lors que son chef a subi une «quarantaine arbitraire». D'autre part, l'émission du mandat a porté atteinte à l'indépendance politique du Congo. Comme montré plus haut, elle a contraint un Etat faible, davantage affaibli par une agression armée, à modifier malgré lui, selon l'un des conseils du Congo, membre du gouvernement de ce pays[96], la composition de l'équipe gouvernementale pour plaire à l'Etat défendeur. La Belgique n'a guère contesté cette déclaration.

90. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que le comportement de la Belgique a discrédité le Congo. Il a eu pour effet d'accabler, à priori par un jugement sommaire, un Etat agressé au moment où les Etats d'Afrique centrale réunis à Libreville (Gabon) le 24 septembre 1998 ont «condamné l'agression contre la République démocratique du Congo et les ingérences caractérisées dans les affaires intérieures de ce pays»[97]. Les poursuites pénales ainsi intentées contre un organe de cet Etat agressé constituent des accusations infamantes au sein de la «communauté internationale». Elles ont affecté les droits extrapatrimoniaux à l'honneur, à la dignité du peuple congolais représenté par son Etat[98].

91. Que l'Etat défendeur ait, par l'émission, la diffusion et le maintien du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 commis un fait internationalement illicite a été montré plus haut. Il a opéré une rupture de ses engagements internationaux en droit international général.

92. Pour l'heure, me paraît tout instructive l'opinion suivante de Paul Guggenheim:

> «Contrairement à une opinion répandue, ce n'est pas seulement au moment où il est véritablement appliqué que le droit interne peut *violer le droit international*. Il y a *délit international* du fait même de la promulgation — ou de la non-promulgation — d'une norme générale, susceptible d'être appliquée directement et causant par là même un dommage. La promulgation d'une norme contraire au droit international donne donc lieu à des sanctions...»[99]

C'est en conséquence un argument à fortiori qu'il faudrait appliquer s'agissant du mandat, mesure d'application d'un simple fait, mieux d'une voie de fait, de l'avis d'un conseil du Congo.

93. A serrer de plus près, le mandat belge ne constitue pas en droit

---

[96] Voir plaidoirie du 22 novembre 2000, CR 2000/34, p. 10.

[97] Voir *Le Phare*, n° 818 du 28 septembre 1988, p. 3.

[98] Voir aussi S. Bula-Bula, opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 8 décembre 2000, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2000*, p. 222-223, par. 17.

[99] Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, t. I, p. 7-8, cité par Krystyna Marek, «Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale», *Revue générale de droit international public*, t. XXXIII, 1962, p. 276; les italiques sont de moi.

89. In particular, the regular and continuous operation of the country's foreign service was disrupted by this politico-legal interference, the head of the diplomatic corps having been subjected to "arbitrary quarantine". The serving of the warrant also violated the political independence of the Congo. As indicated above, it obliged a weak State, further weakened by armed aggression, to change the composition of its Government — against its wishes according to counsel for the Congo, a member of that country's Government[96] — to please the Respondent. Belgium has not disputed this statement.

90. There is no doubt at all that Belgium's conduct has discredited the Congo. Its effect, as a result of a decision taken in an apparently summary manner, has been to put further pressure on a State already under attack at a time when the Central African States, meeting in Libreville (Gabon) on 24 September 1998, "condemned the aggression against the DR of the Congo and the interference described above in the internal affairs of that country"[97]. The criminal proceedings thus instituted against an organ of a victim of aggression constitute accusations that degrade it in the eyes of the "international community". They had a deleterious effect on the moral rights to honour and dignity of the Congolese people, as represented by their State[98].

91. The fact that, by issuing, circulating and maintaining the arrest warrant of 11 April 2000, the Respondent committed an internationally wrongful act has been demonstrated above. Belgium breached its international obligations under general international law.

92. At this point, the following view expressed by Paul Guggenheim seems particularly instructive:

> "Contrary to widely held opinion, it is not only when it is actually implemented that domestic law may *violate international law*. The very fact of the enactment — or non-enactment — of a general norm capable of being applied directly and thereby causing injury, is an *international wrong*. The enactment of a norm contrary to international law is thus a sanctionable matter . . ."[99]

This is an argument applicable *a fortiori* to the warrant, a mere act — indeed, in the view of Congo's counsel, a wrongful act — of application.

93. On closer examination, the Belgian warrant does not, in interna-

[96] See oral argument of 22 November 2000, CR 2000/34, p. 10.

[97] See *Le Phare*, No. 818 of 28 September 1988, p. 3.

[98] See also S. Bula-Bula, dissenting opinion appended to the Order of 8 December 2000, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2000*, pp. 222-223, para. 17.

[99] P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Vol. I, pp. 7-8, quoted by Krystyna Marek, "Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale", *Revue générale de droit international public*, Vol. XXXIII, 1962, p. 276; emphasis added.

international un acte juridique. Comme l'a relevé l'un des conseils du Congo, il s'agit d'un fait internationalement illicite. L'opinion selon laquelle: «Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives»[100], trouve bien sa place ici.

94. D'où le raisonnement qui tendrait à distinguer d'un côté l'*instrumentum* et de l'autre côté le *negotium* ne vaut pas. L'illicéité ne s'estompe pas parce que l'organe de l'Etat a changé. Puisque à travers ledit organe, c'est bien sûr l'Etat qui a été visé. Cela est encore plus manifeste dans le cas d'espèce où plusieurs membres du gouvernement étaient sur la liste dressée par le juge belge, y compris le chef de l'Etat! D'autre part, un mandat illicite n'est pas *ipso facto* illégal. Tel est précisément le cas ici. De manière générale, il existe en droit international (droits de l'homme, droit de la mer, etc.) des mesures nationales parfaitement légales, mais qui demeurent illicites. Elles engagent la responsabilité de leurs auteurs. Mais le constat de l'illicéité par un organe international n'emporte pas en lui-même l'anéantissement de la mesure nationale. C'est à l'Etat transgresseur du droit international qu'incombe l'obligation d'extinction de son acte illicite.

95. Le défendeur a commis une infraction au droit international des immunités dès le 11 avril 2000 par l'émission du mandat. Il a, par la suite, confirmé son comportement illicite en diffusant ce dernier au plan international. Le fait illicite a été communiqué au demandeur le 12 juillet 2000. L'infraction consommée, dès le 11 avril 2000, le défendeur s'est évertué, d'après lui, à tenter de transmettre par voie diplomatique le 15 septembre 2000, le prétendu dossier judiciaire au demandeur. Non seulement il n'a apporté aucune preuve de ce repentir actif mais tardif, par ailleurs contesté par l'un des conseils du Congo; mais encore la tentative de blanchiment du fait illicite répudiée par l'Etat requérant, à bon droit, est dénuée de tout effet.

96. Pire, il y a un élément majeur qui montre le comportement résolument illicite de la Belgique au cours du procès. Comment qualifier autrement la demande de notice rouge formulée le 12 septembre 2001 par le défendeur? Actionné devant la justice internationale, ce dernier n'arrête pas de poursuivre la mise en œuvre de son acte unilatéral illicite au moyen de la notice rouge. Non seulement la Belgique a ainsi fait preuve de manière éloquente de manque de *bonne foi* dans la poursuite de la procédure judiciaire internationale; mais encore n'a-t-elle pas commis «un empiétement sur les fonctions de la Cour»[101]?

*

[100] Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7*, p. 19.

[101] Je m'inspire ainsi de l'avis de M. Tarazi, opinion dissidente jointe à l'arrêt du 24 mai 1980, affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 64.

tional law, constitute a legal act. As noted by Congo's counsel, it is an internationally wrongful act. The proposition that: "[i]n the eyes of international law and of the Court which is its organ, domestic laws are merely facts, manifestations of the will and the activity of States, just as judicial decisions or administrative measures are" [100], is extremely apposite here.

94. The argument seeking to distinguish the *instrumentum* on the one hand and the *negotium* on the other is thus invalid. Wrongfulness does not cease to exist because the organ of State has changed. For, through that organ, it is, of course, the State which is the target. This is even clearer in the case at issue, in which various members of the Government were on the list drawn up by the Belgian judge, the Head of State included! Moreover, an unlawful warrant is not, *ipso facto*, void in law. This is precisely the case here. Generally speaking, in international law, there are national measures (human rights, law of the sea, etc.) enacted perfectly legally, which are nevertheless unlawful. They engage the responsibility of their authors. But the fact that it is adjudged unlawful by an international organ does not of itself annul the national measure. It is for the State transgressing international law to extinguish its unlawful act.

95. The Respondent violated international law on immunities on 11 April 2000 by issuing the warrant. It subsequently confirmed its unlawful conduct by circulating the warrant internationally. The unlawful act was communicated to the Applicant on 12 July 2000. After the violation, which was complete on 11 April 2000, the Respondent claims to have sought, on 15 September 2000, to transmit the case file to the Applicant by diplomatic channels. Not only did it provide no proof of this tardy act of repentance, which, moreover, is contested by Congo's counsel; the attempt to whitewash the wrongful act, rightly repudiated by the Applicant, is devoid of all effect.

96. Worse, there is a major factor which demonstrates Belgium's resolutely wrongful conduct in the course of the proceedings. What other word could be used to describe the Respondent's request for a Red Notice on 12 September 2001? Notwithstanding the international judicial proceedings brought against it, Belgium persists in seeking to implement its unilateral wrongful act by means of a Red Notice. In so doing, not only has the Respondent provided eloquent proof of lack of *good faith* in relation to the conduct of the international legal proceedings; but is it not also guilty of "an encroachment on the functions of the Court" [101]?

*

[100] Case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 19.

[101] I am here drawing on the views of Judge Tarazi, dissenting opinion appended to the Judgment of 24 May 1980, case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980*, p. 64.

97. Alors que les Etats puissants — notion relative dans le temps et l'espace — ont parfois tendance à invoquer le droit international pour justifier à posteriori leur comportement, les Etats faibles — concept également relatif selon les mêmes facteurs — inclinent souvent à conformer leur conduite au droit international. Puisque ce dernier est leur unique force.

98. Sans égard pour les immunités et l'inviolabilité pénales du ministre des affaires étrangères du Congo, le Royaume de Belgique a émis un mandat d'arrêt contre cet organe éminent d'un Etat souverain au nom d'allégations de commission de «crimes internationaux» lors de l'agression armée du 2 août 1998 contre le Congo.

99. Non seulement le Congo a démontré à la face de la «communauté internationale» sa qualité de sujet de droit international capable d'ester en justice; mais encore cet Etat agressé s'est comporté en tant qu'Etat de droit, à savoir une entité respectueuse du droit international.

100. Le peuple congolais, à travers son Etat, a pu ainsi exprimer sa personnalité internationale. Il s'est aussi affirmé libre. Sous ce rapport, l'Etat défendeur s'est-il trompé de génération et d'époque? Lorsqu'en 1989, le gouvernement en place à Kinshasa a envisagé de saisir la Cour du *contentieux belgo-congolais*, son initiative s'est arrêtée net à l'acceptation de la juridiction obligatoire de celle-ci. Par la suite, il y eut l'accord de Rabat de juin 1989 qui a abasourdi la brouille entre princes. Tel n'est pas le cas aujourd'hui.

101. Alors que M. R. Aron maintenait en 1984 que «l'exemple du Congo suggère que, dans la masse, la conscience tribale l'emporte encore sur la conscience nationale...»[102], à la même période, Paul Reuter et Jean Combacau n'hésitaient pas à établir un parallélisme entre le processus de formation de la nation parmi «des Etats européens les plus centralisés d'aujourd'hui» et le procès suivi par le Congo en ces termes: «il en est ainsi d'un Etat africain étendu et peuplé comme le Zaïre pour lequel la constitution progressive d'une nation zaïroise s'établit quotidiennement aux dépens des communautés ethniques dont le destin aurait pu être différent»[103]. Il nous est apparu qu'«on sous-estime, pour des raisons inavouées, le vouloir-vivre collectif des Zaïrois forgé par des ans de résistance tantôt ouverte, tantôt silencieuse, à l'un des régimes politiques les plus féroces qu'ait connu le XX^{e} siècle»[104].

102. Comme les deux faces de Janus, l'arrêt constitue, d'un côté, l'acte de répudiation des relations malsaines dites d'amitié et de coopération entre un Etat dominateur et un Etat dominé, dès le lendemain

[102] Raymond Aron, *Paix et guerre entre les nations*, 1984, p. 389.

[103] Paul Reuter et Jean Combacau, *Institutions et relations internationales*, 1988, p. 24.

[104] Sayeman Bula-Bula, «La doctrine d'ingérence humanitaire revisitée», *Revue africaine de droit international et comparé* (Londres), t. 9, n° 3, septembre 1997, p. 626, note 109.

97. While powerful States — a relative notion in terms of time and geography — sometimes tend to invoke international law to justify their conduct *a posteriori*, weak States — an equally relative concept in the same terms — often tend to ensure that their conduct complies with international law, since this is the only power they have.

98. Without regard for the criminal immunities and inviolability of the Minister for Foreign Affairs of the Congo, the Kingdom of Belgium issued an arrest warrant against this distinguished organ of a sovereign State on the basis of allegations that "international crimes" had been committed during the armed attack on the Congo of 2 August 1998.

99. Not only has the Congo demonstrated vis-à-vis the "international community" its status as a subject of international law capable of appearing before the Court, but this victim of aggression has conducted itself as a State of law, in other words, an entity which respects international law.

100. The Congolese people, through the medium of their State, have thus been able to express their international personality. They have also affirmed that they are free. In this respect, has the Respondent mistaken which generation and era it is dealing with? When in 1989 the ruling Government in Kinshasa considered bringing the *Belgo-Congolese dispute* before the Court, its initiative went no further than acceptance of the Court's compulsory jurisdiction. There followed the Rabat Agreement of June 1989, which defused the quarrel between sovereigns States. That is no longer the case today.

101. Whilst R. Aron maintained in 1984 that "the example of Congo suggests that, in the masses, tribal awareness still prevails over national awareness . . ."[102], at the same time, Paul Reuter and Jean Combacau had no hesitation in drawing the following parallel between the nation-building process in "the most centralized European States of today" and in the Congo: "this is the situation of a large and populous African State such as Zaire, where a Zairian nation is daily being forged at the expense of the ethnic communities, whose fate might otherwise have been different"[103]. We, for our part, have taken the view that "for unacknowledged reasons, the collective Zairian will to live, forged by years of sometimes open, sometimes silent resistance to one of the most savage political regimes the twentieth century has seen, is underestimated"[104].

102. Like a two-headed Janus, the Judgment constitutes, on the one hand, an act of repudiation of the unhealthy relations, supposedly of friendship and co-operation, between a dominating and a dominated

[102] Raymond Aron, *Paix et guerre entre les nations*, 1984, p. 389.

[103] Paul Reuter and Jean Combacau, *Institutions et relations internationales*, 1988, p. 24.

[104] Sayeman Bula-Bula, "La doctrine d'ingérence humanitaire revisitée", *Revue africaine de droit international et comparé* (London), Vol. 9, No. 3, September 1997, p. 626, footnote 109.

d'une décolonisation bâclée; il forme, d'un autre côté, l'acte susceptible de fonder des relations saines, d'amitié et de coopération durable mutuellement avantageuses entre partenaires souverains liés par l'histoire. Tôt ou tard pareils rapports s'instaureront. Mieux vaudrait maintenant. Il faut souhaiter que les Parties, spécialement l'Etat défendeur, saisissent la signification profonde de la présente décision. La contribution de la Cour au règlement pacifique du différend aura été très féconde. Pourvu que le défendeur adopte une nouvelle vision abandonnant ses conceptions surannées entretenues par des pesanteurs historiques et les rapports de force inégaux. A titre d'exemple, à la veille de la mise en orbite d'un de ces gouvernements inspirés par la Belgique, des universitaires conseilleurs de leur pays alertèrent ce dernier en ces termes:

> «Si elle ne se met pas en mesure, ne revendique pas, et n'obtient pas de jouer un rôle déterminant dans la revitalisation de l'économie du pays, la Belgique risque l'affaiblissement de son leadership au Zaïre et la perte de son principal atout en même temps que celle de son outil le plus efficace d'expression de politique extérieure. *C'est d'abord le Zaïre qui nous permet d'émerger sur le plan international et d'être assis, à maintes occasions, à la table des plus grands.*»[105]

103. Les Etats africains notamment qui se manifestent de plus en plus comme les plaideurs «ordinaires» devant la Cour ont des raisons de confier au corps des juristes éminents, indépendants et intègres[106] leurs différends. Je pense ainsi particulièrement à des plaintes analogues à celle contre le Congo introduites auprès d'un juge national au cas où le défendeur poursuivrait sa politique de deux poids, deux mesures. D'autant plus que le grand nombre de dirigeants afro-latino-asiatiques traduits devant la justice belge laisserait croire, à tort, que les violations présumées du droit international humanitaire, notamment les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre constituent le monopole de l'Afrique, l'Amérique latine et l'Asie.

104. C'est là où la compétence dite universelle apparaît sous son vrai jour de compétence à géométrie variable exercée sélectivement contre certains Etats à l'exclusion d'autres. Il ne faut pas être grand clerc pour constater, à priori, que la rumeur publique sur des violations graves de droits humains ne s'abat pas, à l'échelle mondiale, que sur la brochette de personnalités accusées auprès du juge bruxellois.

105. Sans doute la mission de la Cour consiste à trancher les litiges

[105] Voir Société nationale d'investissement et administration générale de la coopération au développement, *Zaïre, secteur des parastataux, réactivation de l'économie. Contribution d'entreprise du portefeuille de l'Etat*, rapport réalisé par M. Moll, J.-P. Couvreur et M. Norro, professeurs à l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, le 29 avril 1994, p. 231.

[106] Voir article 2 du Statut de la Cour internationale de Justice.

State immediately following a botched process of decolonization; on the other hand, it is an act which may well serve as the basis of mutually beneficial healthy relations of friendship and lasting co-operation between sovereign partners linked by history. Sooner or later such relations will develop. The sooner the better. It is to be hoped that the Parties, and especially the Respondent, grasp the fundamental significance of this decision. The Court's contribution to the peaceful settlement of the dispute will have been most beneficial. Provided the Respondent adopts a new mindset and jettisons its outmoded conceptions maintained by the weight of history and unequal power relations. Thus, on the eve of the formation of a government inspired by Belgium, academic advisers from that country warned it that:

> "Unless it ensures that it can play a decisive role in revitalizing the national economy, unless it claims such a role for itself and succeeds in playing it, Belgium risks relinquishing its leadership in Zaire and losing its principal asset, as well as its most effective vehicle for the expression of foreign policy. *It is first and foremost Zaire that enables us to play a role on the international stage and frequently to sit at the table of the powerful.*" [105]

103. The African States particularly, which increasingly appear as "ordinary" parties before the Court, have their own reasons for entrusting their disputes to that body of eminent, independent and upright [106] jurists. Here I am particularly thinking of complaints like the one against Congo brought before a national judge, should the Respondent pursue its policy of double standards. Especially as the large number of African, Latin American and Asian leaders brought before Belgian justice might — wrongly — suggest that the presumed violations of international humanitarian law, in particular crimes against peace, crimes against humanity and war crimes, are a monopoly of Africa, Latin America and Asia.

104. This is where "universal" jurisdiction shows its true colours as a "variable geometry" jurisdiction, selectively exercised against some States to the exclusion of others. It requires no great knowledge to be aware that, at global level, it is not just the handful of prominent personalities charged before the Brussels judge who are the subject of public rumours of serious human rights violations.

105. It is clear that the Court's task is to settle disputes between States

[105] See Société nationale d'investissement et administration générale de la coopération au développement, *Zaïre, secteur des parastataux, réactivation de l'économie. Contribution d'entreprise du portefeuille de l'Etat*, report by M. Moll, J.-P. Couvreur and M. Norro, professors at the Université catholique de Louvain, 29 April 1994, p. 231.

[106] See Article 2 of the Statute of the International Court of Justice.

interétatiques que lui soumettent les parties. Elle ne consiste pas à enseigner le droit. Néanmoins, par le règlement des différends, il peut résulter des enseignements précieux. Au demeurant, dès la fin des plaidoiries, l'un des conseils de la Belgique a revisé sa copie. L'un des mérites de l'arrêt est d'avoir contribué à l'enseignement du droit international. Les appréhensions que nous avions ainsi exprimées lors de la phase de demande des mesures conservatoires [107] n'ont plus de raison d'être à ce niveau. C'est un chapitre du droit international des immunités du ministre des affaires étrangères que vient d'ébaucher la Cour [108]. A ce titre, il enrichit certainement les manuels de droit international public. Intervenant au beau milieu des débats doctrinaux, comme le montrent les travaux de l'Institut de droit international, de la session de Vancouver, en août 2001, l'arrêt apporte beaucoup de lumière sur cette question.

106. La question de «l'articulation juridique entre la compétence dite universelle et les immunités» [109] qui suscitait ma curiosité a été aussi réglée implicitement au profit de celles-ci [110]. Sans préjudice du caractère établi de la catégorie juridique alléguée, hors la compétence de répression de certaines violations de dispositions conventionnelles reconnue entre Etats parties.

107. La Cour a établi l'existence en droit international coutumier des règles relatives à l'immunité et l'inviolabilité pénales du ministre des affaires étrangères. Elle les a appliquées au cas d'espèce parce que M. A. Yerodia Ndombasi était ministre des affaires étrangères au moment des faits. Puisque le différend international portait sur des prétentions contradictoires entre les immunités en question et la compétence dite universelle, par sa décision, la Cour a *implicitement* rejeté l'allégation de cette compétence dans la présente affaire. Elle a ainsi jugé la compétence dite universelle, si elle était établie en droit international, de toute manière inopérante à l'égard des immunités et de l'inviolabilité pénales du ministre des affaires étrangères, quels que soient les prétendus crimes allégués. Le requérant n'a guère sollicité un arrêt déclaratoire [111]. Il a été demandé à la Cour de trancher un litige concret en disant le droit et en l'appliquant effectivement au différend. Mais, une réflexion générale, abstraite et donc impersonnelle de cette compétence controversée et non sollicitée par

[107] Voir Sayeman Bula-Bula, opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 8 décembre 2000 rendue en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2000*, p. 219, par. 4.

[108] D'après Dominique Carreau, *Droit international*, t. I, 2001, p. 653, la Cour accomplit un «rôle majeur» dans «le développement du droit international contemporain».

[109] Sayeman Bula-Bula, opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 8 décembre 2000 rendue en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2000*, p. 220, par. 7.

[110] Paragraphes 70 et 71 de l'arrêt.

[111] Voir affaire du *Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 6 et suiv.

submitted to it by parties. It is not its task to teach the law. Yet the settlement of disputes can provide valuable lessons. Indeed, at the end of the oral argument, one of Belgium's counsel revised his script. One of the merits of the Judgment is that it has contributed to the teaching of international law. The fears we expressed when preliminary measures were requested[107] have not become groundless. The Court has drafted a new chapter on the international law of immunities as it pertains to Ministers for Foreign Affairs[108]. As such, there is no doubt that it is a useful addition to the handbooks on public international law. Intervening at a time when the doctrinal debate is at its height, as witness the proceedings of the Institut de droit international at its Vancouver session in August 2001, the Judgment casts a great deal of light on this issue.

106. The question of the "legal relationship between universal jurisdiction and . . . immunities"[109], which I was concerned to raise, has also implicitly been settled in favour of immunities[110]. And without prejudice to the established nature of the legal principle concerned, with the exception of the power to punish certain violations of conventional provisions recognized as between States parties.

107. The Court has established the existence in customary international law of the rules relating to the criminal immunity and inviolability of Ministers for Foreign Affairs. It has applied them to this case because Mr. A. Yerodia Ndombasi was Minister for Foreign Affairs at the time of the events concerned. Given that the international dispute concerned conflicting claims between the immunities in question and so-called universal jurisdiction, it follows that the Court, by virtue of its decision, has *implicitly* rejected the claim to such jurisdiction in the present case[111]. It has thus ruled that so-called universal jurisdiction, even if it were established in international law, would in any event be inoperative as regards the criminal immunities and inviolability of the Minister for Foreign Affairs, whatever the alleged crimes. The Applicant has not requested a declaratory judgment. The Court has been asked to settle a concrete dispute by stating the law and effectively applying it to the dispute. But a general, abstract, impersonal discussion of this disputed

[107] See Sayeman Bula-Bula, dissenting opinion appended to the Order of 8 December 2000 delivered in the case concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2000*, p. 219, para. 4.

[108] According to Dominique Carreau, *Droit international*, Vol. I, 2001, p. 653, the Court performs a "major role" in "the development of contemporary international law".

[109] Sayeman Bula-Bula, dissenting opinion appended to the Order of 8 December 2000 delivered in the case concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2000*, p. 220, para. 7.

[110] Judgment, paras. 70 and 71.

[111] See the cases concerning the *North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, pp. 6 *et seq.*

l'Etat demandeur ne s'imposait pas[112], encore qu'il aurait été désirable, à mon avis, que le Congo maintînt aussi ce point dans ses demandes finales écrites et orales. Puisque le demandeur sollicitait que la Cour dise le droit et tranche le litige, ne lui appartenait-il pas de pourchasser tous les alibis possibles, dits universels, humanitaires et autres? Une chose est certaine, le prétexte tiré du prétendu infléchissement des immunités a été rejeté dans le dispositif. Tout autre alibi qui s'appuierait sur d'autres bases du «sans frontiérisme» est aussi virtuellement sanctionné dans les motifs. Face à «une saine économie judiciaire»[113], observée par notre institution, il revenait aux opinions d'«éclairer en contrepoint la motivation de l'arrêt», de manière que «l'on [puisse] extraire toute la substance de cette décision judiciaire et saisir tout ce qu'elle a apporté à la jurisprudence»[114].

108. En définitive, on se rend compte que le Congo semble aussi avoir agi en manière de «dédoublement fonctionnel» de Georges Scelle. Il a intenté une action judiciaire internationale non seulement en son nom et pour son compte, mais aussi au profit de la «communauté internationale». N'a-t-elle pas permis à la Cour de réaffirmer et de développer le mécanisme juridique des immunités qui facilite le commerce juridique entre l'universalité des Etats, quel que soit l'alibi avancé?

109. Il y a fort à parier que l'arrêt, petit par son volume, mais grand par sa substance juridique, sera accueilli favorablement par la «communauté internationale». Bien entendu, si on entend par là l'ensemble des Etats, des organisations internationales et d'autres entités publiques internationales. Quelles que soient les divergences d'intérêt, la disparité du niveau de développement et la diversité des cultures, il y a là un dénominateur commun à tous qui a été réaffirmé.

110. La décision devrait aussi interpeller les manipulateurs de l'opinion auxquels doit être dénié le pouvoir de fait d'exploiter, à des fins inavouées, «le malheur des autres»[115].

---

[112] Certains font remonter la «compétence universelle» au Moyen Age européen. En cette matière, il faut peut-être se garder de prendre pour universel ce qui n'est probablement que régional. Ainsi, selon E. Ogueri II, «les règles de conduite qui régissaient, par exemple, les relations entre le Ghana et le Nigéria en Afrique de l'Ouest, ou entre des nations d'autres parties d'Afrique et d'Asie, étaient considérées comme des «lois coutumières universellement reconnues», avant la colonisation. *[Traduction du Greffe.]* Voir E. Ogueri II, Intervention, *International Law Association Report*, session de Varsovie, 1988, p. 969.

[113] Voir Manfred Lachs, opinion individuelle jointe à l'arrêt du 24 mai 1980 rendu dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 47.

[114] Mohammed Bedjaoui, «La «fabrication» des arrêts de la Cour internationale de Justice», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges Michel Virally*, 1991, p. 105.

[115] Voir Bernard Kouchner, *Le malheur des autres*, 1991 (241 pages).

jurisdiction, having not been requested by the Applicant, was not required[112], even though, in my view, it would have been desirable for the Congo to have maintained this claim also in its final written and oral submissions. Since the Applicant asked the Court to state the law and settle the dispute, should it not have sought to dispose of every possible ground, whether "universal", humanitarian or other? One thing is certain, the argument seeking to qualify immunities was rejected in the Judgment's operative part. Any other argument founded on other grounds of "trans-frontierism" is also virtually excluded in the reasoning. Faced with the "sound judicial economy"[113] observed by our institution, it was for the opinions to "illuminate the reasoning of the Judgment in counterpoint", so that "the decision's full substance could be extracted and the whole import of its contribution to the jurisprudence could be apprehended"[114].

108. In conclusion, it is clear that the Congo also seems to have acted in accordance with the "functional duality" referred to by Georges Scelle. It brought international legal proceedings not only on its own behalf and for itself, but also for the benefit of the "international community". It has given the Court the opportunity to reaffirm and strengthen the legal mechanism of immunities, which facilitates legal relations between States worldwide, irrespective of the arguments raised against it.

109. There is every likelihood that the Judgment, small in size, yet large in legal substance, will be favourably received by the "international community", if, of course, this is taken to mean all States, international organizations and other international public entities. Irrespective of the divergence of interests, the disparity in the level of development and the diversity of cultures, what has been reaffirmed here is a denominator common to all.

110. The decision should also serve as a rebuke to the opinion manipulators, who should be denied the *de facto* power to exploit "the misfortunes of others" for unstated ends[115].

---

[112] There are some who trace "universal jurisdiction" back to the Middle Ages. In this respect, one should perhaps be wary of taking as universal what is probably merely regional. Hence, according to E. Ogueri II "the rules of conduct which, for example, governed relations between Ghana and Nigeria in West Africa, or between nations in other parts of Africa and Asia, were regarded as 'universally recognized customary laws'" prior to colonization. See E. Ogueri II, Intervention, *International Law Association Report*, Warsaw Session, 1988, p. 969.

[113] See Manfred Lachs, separate opinion appended to the Judgment of 24 May 1980 in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980*, p. 47.

[114] Mohammed Bedjaoui, "La 'fabrication' des arrêts de la Cour international de Justice", *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, 1991, p. 105.

[115] See Bernard Kouchner, *Le malheur des autres*, 1991 (241 pages).

111. Elle devrait enfin appeler à plus de modestie les nouveaux croisés de l'intégrisme à prétention humanitaire « habiles à mal poser les problèmes pour justifier les odieuses solutions qu'on préconise »[116], y compris un certain courant du militantisme juridique[117].

(*Signé*) Sayeman BULA-BULA.

---

[116] Voir Aimé Césaire, *Discours sur le colonialisme*, 1995, p. 8.

[117] Sur le militantisme juridique, voir J. Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 1993, p. 46; Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dallier et Alain Pellet, *Droit international public*, 1992, p. 79. Les auteurs discernent un courant occidental du militantisme qui serait représenté par l'Anglais Georg Schwarzenberger et les Américains Myres S. McDougal, Richard Falk et M. Reisman ainsi que l'Anglaise Rosalyn Higgins; un courant oriental sans en préciser les auteurs et un courant de l'Ancien Monde avec comme figures de proue, entre autres, Mohammed Bedjaoui, Georges Abi-Saab et Taslim Olawale Elias. A dire vrai, il y a toujours une coloration idéologique, donc militante, dans les travaux de chaque auteur. Pour ne citer que certains, J. Combacau et S. Sur, *op. cit.*, Avertissement, ont beau avertir le lecteur sur leur choix du « positivisme juridique »; ils ne montrent pas moins leur inclination idéologique libérale. Voir par exemple au moment de la réunion du nombre des ratifications requises par la convention sur le droit de la mer, ils spéculent encore « à supposer même qu'elle entre en vigueur » (p. 452-453); ainsi que l'affirmation selon laquelle cette convention aurait inversé sur « des bases purement formelles l'équilibre réel des intérêts et de la puissance » (p. 446) ou encore l'affirmation selon laquelle ce texte ne serait pas, « à l'instar des conventions de Genève de 1958, une convention de codification mais plutôt de développement progressif... » (p. 452). Voir aussi Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *op. cit.*, p. 1093, évoquant « l'entrée en vigueur éventuelle de la convention ».

111. Lastly, it should call for greater modesty from the new fundamentalist crusaders on behalf of humanitarianism, "skilled at presenting problems in a false light in order to justify damaging solutions"[116], including a certain trend of legal militancy[117].

(*Signed*) Sayeman BULA-BULA.

---

[116] See Aimé Césaire, *Discours sur le colonialisme*, 1995, p. 8.

[117] On legal militancy, see J. Combacau and Serge Sur, *Droit international public*, 1993, p. 46; Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dallier and Alain Pellet, *Droit international public*, 1992, p. 79. The authors discern a western current of militancy, supposedly represented by Georg Schwarzenberger and Rosalyn Higgins of the United Kingdom and Myres S. McDougal, Richard Falk and M. Reisman of the United States; an Eastern current, without indicating any authors, and an Ancient World current with Mohammed Bedjaoui, Georges Abi-Saab and Taslim Olawale Elias in the vanguard. In reality, there is always an ideological start, and hence militancy, in the work of any author. To quote just a few, J. Combacau and S. Sur, in *op. cit.*, Avertissement, while stressing their "legal positivism", nonetheless display their liberal tendency. Thus, at a time when the number of ratifications required by the Convention on the Law of the Sea had been reached, they still speculate: "always supposing it ever enters into force" (pp. 452-453); see also the assertion that this Convention has inverted "on purely formal bases the real balance between interests and power" (p. 446) or the assertion that this text is not "like the Geneva Conventions of 1958, a convention of codification but one of progressive development ... " (p. 452). See also Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *op. cit.*, p. 1093, who refer to "the possible entry into force of the Convention".

OPINION DISSIDENTE DE M^me^ VAN DEN WY

[Texte original français]

Immunités au regard du droit international coutumier — No ministre des affaires étrangères — Principe de l'obligation de l'échelle internationale, de crimes de guerre et de crimes — Rôle de la société civile dans la formation de l'opinio — Compétence extraterritoriale dans le cas de crimes de gr contre l'humanité — Compétence universelle à l'égard de tels c tion du critère du Lotus *à de tels crimes — Compétence norm Rome de la Cour pénale internationale — Principe de la — Fait internationalement illicite — Compétence d'exécu d'arrêt (internationaux) — Remèdes susceptibles d'être rec Cour internationale de Justice — Abus d'immunités et boîte*

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préliminaires

II. La question des immunités

1. Il n'existe aucune règle de droit international coutum rant l'immunité aux ministres des affaires étrangères cice

2. Les ministres des affaires étrangères en exercice ne b d'aucune immunité de juridiction vis-à-vis des aut lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre et de crim l'humanité

a) La distinction entre l'immunité en tant qu'exc procédure et l'immunité en tant que défense au f pas pertinente en l'espèce

b) La proposition de la Cour selon laquelle l'imm conduirait pas nécessairement à l'impunité est er

3. Conclusion

III. La compétence universelle

1. La compétence universelle pour les crimes de guerre contre l'humanité est compatible avec le critère du *L*

a) Le droit international n'interdit pas aux Etats une compétence universelle à l'égard des crimes et des crimes contre l'humanité

b) Le droit international permet aux Etats d'exercer pétence universelle à l'égard des crimes de guer crimes contre l'humanité

DISSENTING OPINION OF JUDGE VAN DEN WYNGAERT

[English Original Text]

Immunities under customary international law — Not applicable to Minister for Foreign Affairs — Principle of international accountability for war crimes and crimes against humanity — Role of civil society in the formation of opinio juris *— Impunity — Extraterritorial jurisdiction for war crimes and crimes against humanity — Universal jurisdiction for such crimes — "Lotus" test applied to such crimes — Prescriptive jurisdiction — Rome Statute for an International Criminal Court — Complementarity principle — Internationally wrongful act — Enforcement jurisdiction — (International) arrest warrants — Remedies before the International Court of Justice — Abuse of immunities and Pandora's box.*

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
I. Introductory Observations	1-7
II. Immunities	8-39
1. There is no rule of customary international law granting immunity to incumbent Foreign Ministers	11-23
2. Incumbent Foreign Ministers are not immune from the jurisdiction of other States when charged with war crimes and crimes against humanity	24-38
(a) The distinction between immunity as a procedural defence and immunity as a substantive defence is not relevant for the purposes of this dispute	29-33
(b) The Court's proposition that immunity does not necessarily lead to impunity is wrong	34-38
3. Conclusion	39
III. Universal Jurisdiction	40-67
1. Universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity is compatible with the *"Lotus"* test	48-62
(a) International law does not prohibit universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity	52-58
(b) International law permits universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity	59-62

2. La compétence universelle n'est pas contraire au principe
complémentarité tel qu'énoncé par le statut de Rome port
création de la Cour pénale internationale
3. Conclusion

IV. Existence d'un fait internationalement illicite
1. L'*émission* en Belgique du mandat d'arrêt litigieux n'était
contraire au droit international
2. La *diffusion internationale* du mandat d'arrêt litigieux n'é
pas contraire au droit international
3. Conclusion

V. Les remedes

VI. Remarques finales

2. Universal jurisdiction is not contrary to the complementarity principle in the Statute for an International Criminal Court 63-66

3. Conclusion 67

IV. EXISTENCE OF AN INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT 68-80

1. The *issuance* of the disputed arrest warrant in Belgium was not in violation of international law 72-75

2. The *international circulation* of the disputed arrest warrant was not in violation of international law 76-79

3. Conclusion 80

V. REMEDIES 81-84

VI. FINAL OBSERVATIONS 85-87

I. Remarques préliminaires

1. J'ai voté contre les paragraphes 2 et 3 du dispositif d
droit international coutumier ne confère aucune immunité
des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes d
crimes contre l'humanité. Aucun élément n'étaye l'affi
laquelle un Etat serait tenu, en vertu du droit internation
d'accorder l'immunité pénale à un ministre des affaires
exercice. En émettant et en diffusant le mandat d'arrêt,
peut-être manqué aux règles de la courtoisie internationale
pour autant violé une obligation juridique internationale
de l'arrêt).

Le mandat décerné pour crimes de guerre et crimes con
ne saurait à l'évidence contrevenir *aujourd'hui* aux r
à l'immunité. M. Yerodia a cessé d'exercer les fonction
des affaires étrangères et n'est plus qu'un simple cito
Cour a-t-elle tort de conclure, dans la dernière partie de
que la Belgique doit mettre à néant le mandat d'arrêt et e
autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé (par
l'arrêt).

Je développerai ci-après les motifs de mon dissentiment
hasterais auparavant formuler certaines remarques d'ordre

2. L'affaire portant sur le mandat d'arrêt décerné à
M. Yerodia pour des actes qu'il aurait commis en 1998, alo
pas encore ministre. Il s'agirait notamment de divers disco
la haine raciale et de propos particulièrement virulents qu
rence à des opérations de ratissage, à des chasses à l'ho
scènes de lynchage, auraient eu pour effet d'inciter la
s'en prendre aux résidents tutsi de Kinshasa. Plusieurs vict
en Belgique avant porté plainte, une instruction a été ouvert
suite de laquelle un mandat a été délivré en avril 2000 à
M. Yerodia, devenu entre-temps ministre des affaires ét
République démocratique du Congo. Ce mandat n'a pa
durant la visite officielle de M. Yerodia en Belgique, en ju
Belgique, si elle a diffusé le mandat à l'échelle internationa
médiaire d'une notice verte d'Interpol, n'a pas non plus re
tion de M. Yerodia tant qu'il était en fonction. Ce n'est qu
été demandée la diffusion d'une notice rouge d'Interp
M. Yerodia eut cessé d'être ministre.

3. La Belgique dispose à l'heure actuelle d'une législatio
permettant aux victimes de prétendus crimes de guerre ou
l'humanité d'engager des poursuites pénales devant ses t
tude qui suscite des réactions négatives dans certains milie
d'autres s'en félicitent. Le comportement de la Belgique, qu
travers de ses organes législatifs, judiciaires et exécutifs, p
par manque de *courtoisie internationale*. Quand bien même
ne s'ensuit pas que la Belgique ait nécessairement enfreint

I. Introductory Observations

1. I have voted against paragraphs (2) and (3) of the *dispositif* of this Judgment. International law grants no immunity from criminal process to incumbent Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity. There is no evidence for the proposition that a State is under an obligation to grant immunity from criminal process to an incumbent Foreign Minister under customary international law. By issuing and circulating the warrant, Belgium may have acted contrary to international comity. It has not, however, acted in violation of an international legal obligation (Judgment, para. 78 (2)).

Surely, the warrant based on charges of war crimes and crimes against humanity cannot infringe rules on immunity *today*, given the fact that Mr. Yerodia has now ceased to be a Foreign Minister and has become an ordinary citizen. Therefore, the Court is wrong when it finds, in the last part of its *dispositif*, that Belgium must cancel the arrest warrant and so inform the authorities to which the warrant was circulated (Judgment, para. 78 (3)).

I will develop the reasons for this dissenting view below. Before doing so, I wish to make some general introductory observations.

2. The case was about an arrest warrant based on acts allegedly committed by Mr. Yerodia in 1998 when he was not yet a Minister. These acts included various speeches inciting racial hatred, particularly virulent remarks, allegedly having the effect of inciting the population to attack Tutsi residents in Kinshasa, dragnet searches, manhunts and lynchings. Following complaints of a number of victims who had fled to Belgium, a criminal investigation was initiated in 1998, which eventually, in April 2000, led to the arrest warrant against Mr. Yerodia, who had meanwhile become a Minister for Foreign Affairs in the Congo. This warrant was not enforced when Mr. Yerodia visited Belgium on an official visit in June 2000, and Belgium, although it circulated the warrant internationally via an Interpol Green Notice, did not request Mr. Yerodia's extradition as long as he was in office. The request for an Interpol Red Notice was only made in 2001, *after* Mr. Yerodia had ceased to be a Minister.

3. Belgium has, at present, very broad legislation that allows victims of alleged war crimes and crimes against humanity to institute criminal proceedings in its courts. This triggers negative reactions in some circles, while inviting acclaim in others. Belgium's conduct (by its Parliament, judiciary and executive powers) may show a lack of *international courtesy*. Even if this were true, it does not follow that Belgium actually violated (customary or conventional) international law. *Political wisdom* may command a change in Belgian legislation, as has been proposed in

national (coutumier ou conventionnel). *D'un point de vue* serait peut-être sage de modifier la législation belge, comme géré de divers côtés[1]. *D'un point de vue judiciaire*, il serait bon aloi de l'appliquer de manière plus restrictive, ce que fer les tribunaux belges dans certaines affaires dont ils sont actu sis[2]. Mais ces considérations ne signifient pas que, appliqua M. Yerodia, la Belgique ait agi au mépris du droit internatio prouve, à mon sens, l'existence d'une telle norme, et ce, pas conventionnel qu'en droit coutumier, pour les raisons que j' après[3].

4. L'arrêt est moins long que prévu parce que la Cour, q ont invitée à circonscrire le différend, ne s'est pas prononcée tion de la compétence (universelle), mais uniquement sur cell nité de juridiction — bien que, en toute logique, la questio pétence eût dû être tranchée avant celle de l'immunité[4] caractérise également par la concision de sa motivation et faite des arguments des Parties. Certains de ces arguments abordés, d'autres le sont seulement de manière très succincte moins en regard de décisions rendues récemment par des nationales[5] et internationales[6] sur des questions compara soulevées en l'espèce.

5. Cette affaire était appelée à faire jurisprudence; elle co doute la première occasion pour la Cour internationale de

[1] Le ministre des affaires étrangères, le ministre de la justice et le prés mission des affaires étrangères de la Chambre des représentants se son exprimés en faveur d'une modification de la loi belge de 1993/1999. S vernement de cette question, le Parlement a soumis en décembre 2001 une loi (proposition de loi modifiant, sur le plan de la procédure, la loi du 16 j à la répression des violations graves de droit international humanit Chambre 2001-2002, n° 1568/001, disponible sur Internet à la page http:// be/documents_parlementaires.html).

[2] A. Winants, *Le ministère public et le droit pénal international. Di à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bru tembre 2001*, p. 45.

[3] Voir ci-après, par. 11 et suiv.

[4] Voir ci-après, par. 41.

[5] Citons, parmi les plus connues, les affaires *Pinochet* en Espagne et a (*Audiencia Nacional, Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacion jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terro durante la dictadura chilena*, 5 novembre 1998, http://www.derechos juicio/audi.html; *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistr* ex parte *Pinochet Ugarte*, 24 mars 1999, [1999] *All E.R.* vol. 2, HL., p. France (Cour de cassation française, 13 mars 2001, http://courdecass arrets/arrets/00-87215.htm) et *Bouterse* aux Pays-Bas (Hof Amsterdam, No. et R 97/176/12 Sv, 20 novembre 2000; Hoge Raad, Strafkamer, Zaaknr. 007 18 septembre 2001, http://www.rechtspraak.nl).

[6] Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-U* 2001 (http://www.echr.coe.int).

various circles[1]. *Judicial wisdom* may lead to a more restrictive application of the present statute, and may result from proceedings that are pending before the Belgian courts[2]. This does not mean that Belgium has acted in violation of international law by applying it in the case of Mr. Yerodia. I see no evidence for the existence of such a norm, not in conventional or in customary international law for the reasons set out below[3].

4. The Judgment is shorter than expected because the Court, which was invited by the Parties to narrow the dispute, did not decide the question of (universal) jurisdiction, and has only decided the question of immunity from jurisdiction, even though, logically the question of jurisdiction would have preceded that of immunity[4]. In addition, the Judgment is very brief in its reasoning and analysis of the arguments of the Parties. Some of these arguments were not addressed, others in a very succinct manner, certainly in comparison with recent judgments of national[5] and international courts[6] on issues that are comparable to those that were before the International Court of Justice.

5. This case was to be a test case, probably the first opportunity for the International Court of Justice to address a number of questions that have

[1] The Belgian Foreign Minister, the Belgian Minister of Justice, and the Chairman of the Foreign Affairs Commission House of Representatives have made public statements in which they called for a revision of the Belgian Act of 1993/1999. The Government referred the matter to the Parliament, where a bill was introduced in December 2001 (Proposition de loi modifiant, sur le plan de la procédure, la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, doc. parl. Chambre 2001-2002, No. 1568/001, available at http://www.lachambre.be/documents_parlementaires.html).

[2] A. Winants, *Le Ministère public et le droit pénal international. Discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles du 3 septembre 2001*, p. 45.

[3] *Infra*, paras. 11 *et seq.*

[4] See further *infra*, para. 41.

[5] Prominent examples are the *Pinochet* cases in Spain and the United Kingdom (*Audiencia Nacional, Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, 5 November 1998, http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html; *R.* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 24 March 1999, [1999] 2 All ER 97, HL, p. 97), the *Qaddafi* case in France (Cour de cassation, 13 March 2001, http://courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-87215.htm) and the *Bouterse* case in the Netherlands (Hof Amsterdam, No. R 97/163/12 Sv and R 97/176/12 Sv, 20 November 2000; Hoge Raad, Strafkamer, Zaaknr. 00749/01 CW 2323, 18 September 2001, http://www.rechtspraak.nl).

[6] ECHR (European Commission of Human Rights), *Al-Adsani* v. *United Kingdom*, 21 November 2001, http://www.echr.coe.int.

prononcer sur un certain nombre de questions qui n'avaient minées depuis le célèbre arrêt rendu par sa devancière dan *Lotus* en 1927 [7].

D'un point de vue technique, le différend portait ici su d'arrêt décerné à l'encontre d'un ministre des affaires étran cice — mandat qui faisait toutefois état de crimes de guerr contre l'humanité, ce que la Cour n'a pas même pris soin de le dispositif. D'un point de vue plus théorique, il s'agiss jusqu'où les Etats peuvent ou doivent aller lorsqu'ils droit international pénal moderne. Il s'agissait de déter le droit international impose aux Etats de faire, ou ce qu'i à faire, en leur qualité d'«agents» de la communauté i lorsqu'ils sont saisis de plaintes par les victimes de tels cr que les juridictions pénales internationales ne sont pas juger *tous* les crimes de droit international. Il s'agissait de entre deux intérêts divergents du point de vue du droit (pénal) moderne, à savoir la nécessité de faire respecter l'ob nationale de rendre compte d'infractions telles que les act les actes de terrorisme, les crimes de guerre et les crimes cont et le principe de l'égalité souveraine des Etats, qui système d'immunités.

6. La Cour n'a pas examiné l'affaire dans cette perspe giant au contraire la question très restrictive des immunités des affaires étrangères en exercice. Ce faisant, la Cour inte Justice a manqué une excellente occasion de contribuer a ment du droit international pénal moderne.

Pourtant, le droit international pénal est en passe de branche très importante du droit international — é trouve son expression dans diverses conventions, dans la de tribunaux nationaux, de juridictions pénales internationa dictions internationales garantes des droits de l'homme, a la doctrine juridique et dans les activités de la société civile sont nombreux à avoir traité de concepts tels que la co verselle, l'immunité de juridiction et l'obligation internation compte de crimes de guerre et de crimes contre l'humanit prenant que la Cour internationale de Justice n'emploie de droit international pénal, et ne prenne pas acte des tr auteurs.

7. Bien que, en toute logique, la question de la comp première à se présenter à l'esprit [9], je suivrai le raisonnem tend l'arrêt et commencerai par traiter la question des imm

[7] *C.P.J.I.*, affaire du *Lotus*, 7 septembre 1927, *C.P.J.I. Recueil série*
[8] Voir ci-après, la note 98.
[9] Voir ci-après, par. 41.

not been considered since the famous "*Lotus*" case of the Permanent Court of International Justice in 1927[7].

In technical terms, the dispute was about an arrest warrant against an incumbent Foreign Minister. The warrant was, however, based on charges of war crimes and crimes against humanity, which the Court even fails to mention in the *dispositif*. In a more principled way, the case was about how far States can or must go when implementing modern international criminal law. It was about the question what international law requires or allows States to do as "agents" of the international community when they are confronted with complaints of victims of such crimes, given the fact that international criminal courts will not be able to judge *all* international crimes. It was about balancing two divergent interests in modern international (criminal) law: the need of international accountability for such crimes as torture, terrorism, war crimes and crimes against humanity and the principle of sovereign equality of States, which presupposes a system of immunities.

6. The Court has not addressed the dispute from this perspective and has instead focused on the very narrow question of immunities of incumbent Foreign Ministers. In failing to address the dispute from a more principled perspective, the International Court of Justice has missed an excellent opportunity to contribute to the development of modern international criminal law.

Yet international criminal law is becoming a very important branch of international law. This is manifested in conventions, in judicial decisions of national courts, international criminal tribunals and of international human rights courts, in the writings of scholars and in the activities of civil society. There is a wealth of authority on concepts such as universal jurisdiction, immunity from jurisdiction and international accountability for war crimes and crimes against humanity[8]. It is surprising that the International Court of Justice does not use the term international criminal law and does not acknowledge the existence of these authorities.

7. Although, as a matter of logic, the question of jurisdiction comes first[9], I will follow the chronology of the reasoning of the Judgment and deal with immunities first.

[7] *"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10.*
[8] See further *infra*, footnote 98.
[9] *Infra*, para. 41.

II. LA QUESTION DES IMMUNITÉS

8. La Cour commence par relever que, dans la mesure ou
général ne définit les immunités des ministres des affaires étra
sur la base du droit international coutumier qu'elle doit tranc
tions y afférentes soulevées en l'espèce (par. 52, dernier alinéa
Elle ajoute immédiatement après que, «[e]n droit internationa
les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères
pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui p
s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat
sente» (par. 53 de l'arrêt). La Cour compare ensuite les fonct
nistres des affaires étrangères à celles, d'une part, des amba
autres agents diplomatiques, et, d'autre part, des chefs d'Eta
vernement; elle

> «en conclut que les fonctions d'un ministre des affaire
> sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bé
> immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité total
> ger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'inté
> tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferai
> l'exercice de ses fonctions.» (Par. 54 de l'arrêt.)

9. Par ailleurs, la Cour affirme que, ayant examiné la pratiq
au regard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité
l'arrêt),

> «[e]lle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique
> en droit international coutumier, d'une exception quelc
> règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'invi
> ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils so
> nés d'avoir commis des crimes de guerre ou des cri
> l'humanité».

10. Je suis en désaccord avec le raisonnement de la Cour, q
résumé de la manière suivante: *a)* il existe une règle de droit in
coutumier accordant aux ministres des affaires étrangères en e
immunité «totale» (par. 54 de l'arrêt), et *b)* il n'existe pas, en
national coutumier, d'exception à cette règle dans le cas de
guerre et de crimes contre l'humanité (par. 58 de l'arrêt). Ces
mations sont erronées.

En premier lieu, il n'existe aucune règle de droit internati
mier mettant les ministres en exercice à l'abri de poursuites
courtoisie internationale et la sagesse politique commander
une certaine modération, mais le droit international positif n
ment obligation aux Etats de s'abstenir d'exercer leur co
l'égard de ministres des affaires étrangères en exercice sou
crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

II. Immunities

8. The Court starts by observing that, in the absence of a general text defining the immunities of Ministers for Foreign Affairs, it is on the basis of customary international law that it must decide the questions relating to the immunities of Ministers for Foreign Affairs raised by the present case (Judgment, para. 52 *in fine*). It immediately continues by stating that "In customary international law, the immunities accorded to Ministers for Foreign Affairs are not granted for their personal benefit, but to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States" (Judgment, para. 53). The Court then compares the functions of Foreign Ministers with those of Ambassadors and other diplomatic agents on the one hand, and those of Heads of State and Heads of Governments on the other, whereupon it reaches the following conclusion (Judgment, para. 54):

> "The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties."

9. On the other hand, the Court, looking at State practice in the field of war crimes and crimes against humanity (Judgment, para. 58), decides that:

> "It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity."

10. I disagree with the reasoning of the Court, which can be summarized as follows: *(a)* there is a rule of customary international law granting "full" immunity to incumbent Foreign Ministers (Judgment, para. 54), and *(b)* there is no rule of customary international law departing from this rule in the case of war crimes and crimes against humanity (Judgment, para. 58). Both propositions are wrong.

First, there is no rule of customary international law protecting incumbent Foreign Ministers against criminal prosecution. International comity and political wisdom may command restraint, but there is no obligation under positive international law on States to refrain from exercising jurisdiction in the case of incumbent Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity.

En second lieu, le droit international n'interdit pas aux Etats d'enquêter sur des allégations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, même si l'auteur présumé de ces faits occupe un poste officiel dans un Etat tiers; au contraire, il les y encourage.

Il s'ensuit que la Belgique n'a violé aucune obligation de droit international en émettant et en diffusant à l'échelle internationale le mandat d'arrêt décerné à l'encontre de M. Yerodia. Je m'expliquerai sur ce point dans les deux paragraphes suivants.

1. Il n'existe aucune règle de droit international coutumier conférant l'immunité aux ministres des affaires étrangères en exercice

11. Je ne puis souscrire à l'idée que le droit international coutumier reconnaît aux ministres des affaires étrangères en exercice des immunités, pour la simple raison que rien ne vient étayer cette thèse. Avant de parvenir à cette conclusion, la Cour aurait dû s'assurer de l'existence d'une règle de droit international coutumier en ce sens. Il ne suffit pas de comparer les logiques mises en œuvre pour justifier que les diplomates, les chefs d'Etat ou les ministres des affaires étrangères soient à l'abri de poursuites pour conclure à l'existence, en droit international coutumier, d'une règle garantissant une protection aux ministres des affaires étrangères: c'est une chose que d'identifier dans une règle protectrice une *raison d'être* commune à ses divers bénéficiaires, c'en est une autre que d'ériger celle-ci au rang de règle de droit international coutumier. La Cour aurait dû, dans un premier temps, chercher à savoir si les conditions qui président à la formation d'une règle de droit international coutumier étaient réunies dans le cas des ministres des affaires étrangères en exercice. En une décision dont la brièveté a de quoi surprendre, la Cour conclut d'emblée à l'existence d'une telle règle. Une démarche plus rigoureuse aurait été éminemment souhaitable.

12. A se contenter d'un raisonnement succinct, la Cour méconnaît sa propre jurisprudence en matière de formation du droit international coutumier. Pour exister, une règle de droit international coutumier doit être reflétée dans la pratique des Etats (*usus*) et l'*opinio juris*.

Dans un des plus célèbres précédents relatifs à la formation du droit international coutumier, les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a indiqué:

> «Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se

Secondly, international law does not prohibit, but instead encourages States to investigate allegations of war crimes and crimes against humanity, even if the alleged perpetrator holds an official position in another State.

Consequently, Belgium has not violated an obligation under international law by issuing and internationally circulating the arrest warrant against Mr. Yerodia. I will explain the reasons for this conclusion in the following two paragraphs.

1. There Is No Rule of Customary International Law Granting Immunity to Incumbent Foreign Ministers

11. I disagree with the proposition that incumbent Foreign Ministers enjoy immunities on the basis of customary international law for the simple reason that there is no evidence in support of this proposition. Before reaching this conclusion, the Court should have examined whether there is a rule of customary international law to this effect. It is not sufficient to compare the rationale for the protection from suit in the case of diplomats, Heads of State and Foreign Ministers to draw the conclusion that there is a rule of customary international law protecting Foreign Ministers: identifying a common raison d'être for a protective rule is one thing, elevating this protective rule to the status of customary international law is quite another thing. The Court should have first examined whether the conditions for the formation of a rule of customary law were fulfilled in the case of incumbent Foreign Ministers. In a surprisingly short decision, the Court immediately reaches the conclusion that such a rule exists. A more rigorous approach would have been highly desirable.

12. In the brevity of its reasoning, the Court disregards its own case law on the subject on the formation of customary international law. In order to constitute a rule of customary international law, there must be evidence of State practice (*usus*) and *opinio juris* to the effect that this rule exists.

In one of the leading precedents on the formation of customary international law, the *Continental Shelf* case, the Court stated the following:

> "Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation.

conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique.»[10]

Dans l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, la Cour a statué:

«La Cour, à laquelle l'article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale «comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit», ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale... La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des Etats est confirmée par la pratique.»[11]

13. En l'espèce, il n'existe aucune pratique bien établie *(usus)* quant à l'immunité «totale» supposée des ministres des affaires étrangères à laquelle la Cour internationale de Justice fait référence au paragraphe 54 de l'arrêt. Il existe peut-être une pratique des Etats, quoique limitée, relative aux immunités des chefs d'Etat en exercice[12] ou des anciens chefs d'Etat[13] devant des tribunaux nationaux, mais il n'en est aucune en ce qui concerne les ministres des affaires étrangères en exercice. Bien au contraire, très rares sont les cas de ministres des affaires étrangères ayant bénéficié de l'immunité de juridiction à l'étranger[14]. Cela peut paraître étonnant. La question qui se pose, toutefois, est de savoir ce qu'il convient d'inférer de cette «pratique négative». Est-elle l'expression d'une *opino juris* selon laquelle le droit

---

[10] *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44, par. 77.

[11] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 97-98, par. 184.

[12] Voir par exemple Cour de cassation française, 13 mars 2001 *(Kadhafi)*.

[13] Voir par exemple *R.* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 25 novembre 1998, [1998] *All ER*, vol. 4, p. 897.

[14] Un seul cas a été porté à l'attention de la Cour: *Chong Boon Kim* v. *Kim Yong Shik and David Kim*, Circuit Court (First Circuit, State of Hawaii), 9 septembre 1963, *AJIL*, 1964, vol. 58, p. 186-187. Il s'agissait d'un ministre des affaires étrangères poursuivi alors qu'il se trouvait aux Etats-Unis *en visite officielle* (voir par. 1 de la *Suggestion of Interest* présentée au nom des Etats-Unis, *ibid.*). L'immunité a également été reconnue, non à un ministre mais à un prince, dans l'affaire *Kilroy* v. *Windsor (Prince Charles, Prince of Wales)*, US District Court for the ND of Ohio, 7 décembre 1978, *International Law Reports*, 1990, vol. 81, p. 605-607. Dans cette affaire, le juge a constaté:

> «L'*Attorney-General* ... a établi que le prince de Galles bénéficie en l'espèce de l'immunité de juridiction, et a présenté à la Cour une *«suggestion of immunity»*... [L]a doctrine, dans la mesure où elle se fonde sur des considérations de politique étrangère et le souhait de l'exécutif de maintenir des relations amicales avec les Etats étrangers, s'applique d'autant plus résolument dans le cas des personnes représentant une nation étrangère *en visite officielle.*» (Les italiques sont de moi.) *[Traduction du Greffe.]*

> The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremony and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty."[10]

In the *Nicaragua* case, the Court held that:

> "Bound as it is by Article 38 of its Statute to apply, *inter alia*, international custom 'as evidence of a general practice accepted as law', the Court may not disregard the essential role played by general practice . . . The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice."[11]

13. In the present case, there is no settled practice (*usus*) about the postulated "full" immunity of Foreign Ministers to which the International Court of Justice refers in paragraph 54 of its present Judgment. There may be limited State practice about immunities for current[12] or former Heads of State[13] in national courts, but there is no such practice about Foreign Ministers. On the contrary, the practice rather seems to be that there are hardly any examples of Foreign Ministers being granted immunity in foreign jurisdictions[14]. Why this is so is a matter of speculation. The question, however, is what to infer from this "negative practice". Is this the expression of an *opinio juris* to the effect that international law prohibits criminal proceedings or, concomitantly, that Belgium

---

[10] *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 44, para. 77.

[11] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua* v. *United States of America*), *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 97-98, para. 184.

[12] Cour de cassation (Fr.), 13 March 2001 (*Qaddafi*).

[13] *R.* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 25 November 1998, [1998] 4 All ER 897.

[14] Only one case has been brought to the attention of the Court: *Chong Boon Kim* v. *Kim Yong Shik and David Kim*, Circuit Court (First Circuit, State of Hawaii), 9 September 1963, 58 *AJIL*, 1964, pp. 186-187. This case was about an incumbent Foreign Minister against whom process was served while he was on an *official visit* in the United States (see paragraph 1 of the "Suggestion of Interest Submitted on Behalf of the United States", *ibid.*). Another case where immunity was recognized, not of a Minister but of a prince, was in the case of *Kilroy* v. *Windsor* (*Prince Charles, Prince of Wales*), US District Court for the ND of Ohio, 7 December 1978, *International Law Reports*, Vol. 81, 1990, pp. 605-607. In that case, the judge observes:

> "The Attorney-General . . . has determined that the Prince of Wales is immune from suit in this matter and has filed a 'suggestion of immunity' with the Court . . . [T]he doctrine, being based on foreign policy considerations and the Executive's desire to maintain amiable relations with foreign States, applies with even more force to live persons representing a foreign nation *on an official visit*." (Emphasis added.)

international interdirait l'exercice de poursuites pénales et ferait, en conséquence, obligation à la Belgique de s'abstenir d'engager de telles poursuites à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères en exercice?

Une « pratique négative » des Etats, consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager des poursuites pénales, ne saurait, en tant que telle, être considérée comme la manifestation d'une *opinio juris*. Cette abstention peut obéir à bien d'autres motivations, relevant, par exemple, de la courtoisie, de considérations politiques, de préoccupations d'ordre pratique ou de l'absence d'une compétence pénale extraterritoriale[15]. Elle ne pourrait être à l'origine d'une règle de droit international coutumier que si elle procédait d'une décision consciente de la part des Etats concernés. L'arrêt rendu en 1927 dans l'affaire du *Lotus* constitue à cet égard un important précédent: le Gouvernement français avait excipé d'une règle de droit international coutumier *ne* permettant *pas* à la Turquie de poursuivre les délits commis par des étrangers à l'étranger[16]. La Cour permanente de Justice internationale rejeta cet argument, estimant que:

> « Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué par l'agent du Gouvernement français, il en résulterait simplement que les Etats se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. »[17]

---

[15] Dans certains pays, dont les Etats-Unis, les victimes de violations extraterritoriales des droits de l'homme peuvent intenter des actions *civiles* devant les tribunaux. Voir par exemple l'affaire *Karadzić* (*Kadić* v. *Karadzić*, 70 F. 3d 232 (2d Cir. 1995)). Nombreux sont les exemples de procédures civiles engagées à l'encontre de chefs d'Etat — en exercice ou ayant cessé de l'être —, souvent pour des infractions pénales. Citons, parmi les exemples marquants, les affaires *Aristeguieta* (*Jimenez* v. *Aristeguieta*, *ILR*, 1962, p. 353), *Aristide* (*Lafontant* v. *Aristide*, 844 F. Supp. 128 (EDNY, 1994), mentionnée dans *AJIL*, 1994, vol. 88, p. 528-532), *Marcos* (*Estate of Silme G. Domingo* v. *Ferdinand Marcos*, n° C82-1055V, *AJIL*, 1983, vol. 77, p. 305, *Republic of the Philippines* v. *Marcos and Others* (1986), *ILR*, vol. 81, p. 581, et *Republic of the Philippines* v. *Marcos and Others* (1987, 1988), *ILR*, vol. 81, p. 609 et 642) et *Duvalier* (*Jean-Juste* v. *Duvalier*, n° 86-0459 Civ (US District Court, SD Fla.), *AJIL*, 1988, vol. 82, p. 596), toutes évoquées et commentées par Watts (A. Watts, « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 54 et suiv.). Voir aussi la loi américaine de 1996 intitulée *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, portant modification de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), qui formule une nouvelle exception à l'immunité des Etats dans le cas d'actions civiles intentées pour actes de torture. Voir J. F. Murphy, « Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution », *Harvard Human Rights Journal*, 1999, vol. 12, p. 1-56.

[16] Voir également ci-après, par. 48.

[17] Voir l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus* (note 7, ci-dessus), p. 28. Pour un commentaire, voir I. C. McGibbon, « Customary International Law and Acquiescence », *BYBIL*, 1957, p. 129.

is under an international obligation to refrain from instituting such proceedings against an incumbent Foreign Minister?

A "negative practice" of States, consisting in their abstaining from instituting criminal proceedings, cannot, in itself, be seen as evidence of an *opinio juris*. Abstinence may be explained by many other reasons, including courtesy, political considerations, practical concerns and lack of extraterritorial criminal jurisdiction[15]. Only if this abstention was based on a conscious decision of the States in question can this practice generate customary international law. An important precedent is the 1927 *"Lotus"* case, where the French Government argued that there was a rule of customary international law to the effect that Turkey was *not* entitled to institute criminal proceedings with regard to offences committed by foreigners abroad[16]. The Permanent Court of International Justice rejected this argument and held:

> "Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom."[17]

---

[15] In some States, for example, the United States, victims of extraterritorial human rights abuses can bring *civil* actions before the Courts. See, for example, the *Karadzić* case (*Kadić* v. *Karadzić*, 70 F. 3d 232 (2d Cir. 1995)). There are many examples of civil suits against incumbent or former Heads of State, which often arose from criminal offences. Prominent examples are the *Aristeguieta* case (*Jimenez* v. *Aristeguieta*, *ILR*, 1962, p. 353), the *Aristide* case (*Lafontant* v. *Aristide*, 844 F. Supp. 128 (EDNY 1994), noted in 88 *AJIL*, 1994, pp. 528-532), the *Marcos* cases (*Estate of Silme G. Domingo* v. *Ferdinand Marcos*, No. C82-1055V, 77 *AJIL*, 1983, p. 305; *Republic of the Philippines* v. *Marcos and Others* (1986), *ILR*, 81, p. 581 and *Republic of the Philippines* v. *Marcos and Others*, 1987, 1988, *ILR*, 81, pp. 609 and 642) and the *Duvalier* case (*Jean-Juste* v. *Duvalier*, No. 86-0459 Civ (US District Court, SD Fla.), 82 *AJIL*, 1988, p. 596), all mentioned and discussed by Watts (A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, pp. 54 *et seq.*). See also the American 1996 Antiterrorism and Effective Death Penalty Act which amended the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), including a new exception to State immunity in case of torture for civil claims. See J. F. Murphy, "Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution", 12 *Harvard Human Rights Journal*, 1999, pp. 1-56.

[16] See also *infra*, para. 48.

[17] *"Lotus"*, *supra*, footnote 7, p. 28. For a commentary, see I. C. McGibbon, "Customary International Law and Acquiescence", *BYBIL*, 1957, p. 129.

14. La décision de la Cour internationale de Justi l'espèce, d'une simple analogie avec les immunités recon diplomatiques et aux chefs d'Etat. Toutefois, com sir Arthur Watts, au sujet de la situation des chefs d'Et gouvernement et des ministres des affaires étrangères au international, dans les cours qu'il a donnés à l'Académi national, «l'analogie ne constitue pas toujours une base der des règles de droit»[18] M. Joe Verhoeven, dans le r même question pour l'Institut de droit international, que les tribunaux et les commentateurs, s'ils comparen catégories, se gardent généralement de formuler «une simple»[19].

15. Il existe des différences fondamentales entre les si tives des agents diplomatiques, des chefs d'Etat et des faires étrangères. Celle des *agents diplomatiques* est co non identique, à celle des ministres des affaires étrangères la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomati diplomatiques jouissent de l'immunité de juridiction dan taire. Toutefois, alors que les diplomates résident et exe tions sur le territoire de l'Etat accréditaire, les ministres lement dans l'Etat où ils exercent leurs fonctions. Les peuvent décider d'accréditer ou non des diplomates étran toujours loisible de les déclarer *persona non grata*. Ils o «mot à dire» à l'égard des personnes auxquelles ils recon lité de représentant d'un autre Etat[21], faculté qu'ils n'o des ministres d'un gouvernement, lesquels sont désignés le cadre de ses prérogatives souveraines.

16. On pourrait de même voir une analogie entre les jouissent certainement de l'immunité en vertu du droit in tumier[22], et les ministres des affaires étrangères, mais o assimiler pour la seule raison que leurs fonctions offrent paraison. Tous deux représentent l'Etat, mais les minis

[18] A. Watts, «The Legal Position in International Law of Heads Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académ tional de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 40. *[Traduction du Greffe.]*

[19] J. Verhoeven, *L'immunité de juridiction et d'exécution des chef chefs d'Etat*, rapport à la 13e commission de l'Institut de droit i par. 18.

[20] Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 19 *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95.

[21] Voir par exemple les hésitations du Danemark concernant l'accr vel ambassadeur d'Israël après le changement de gouvernement inter *The Copenhagen Pos.*, 29 juillet 2001, *The Copenhagen Post*, 31 juille *hagen Post*, 24 août 2001, et «Prosecution of New Ambassador?», *Th* 7 novembre 2001 (tous disponibles sur Internet: http://cphpost.perisk

[22] Cette immunité n'est toutefois pas absolue dans le cas d'actions tratives. Voir A. Watts, *op. cit.*, p. 36 et 54. Voir aussi ci-dessus, la n

14. In the present case, the Judgment of the International Court of Justice proceeds from a mere analogy with immunities for diplomatic agents and Heads of State. Yet, as Sir Arthur Watts observes in his lectures published in the *Recueil des cours de l'Académie de droit international* on the legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers: "analogy is not always a reliable basis on which to build rules of law"[18]. Professor Joe Verhoeven, in his report on the same subject for the Institut de droit international likewise makes the point that courts and legal writers, while comparing the different categories, usually refrain from making "a straightforward analogy"[19].

15. There are fundamental differences between the circumstances of diplomatic agents, Heads of State and Foreign Ministers. The circumstances of *diplomatic agents* are comparable, but not the same as those of Foreign Ministers. Under the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations[20], diplomatic agents enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. However, diplomats reside and exercise their functions on the territory of the receiving States whereas Ministers normally reside in the State where they exercise their functions. Receiving States may decide whether or not to accredit foreign diplomats and may always declare them *persona non grata*. Consequently, they have a "say" in what persons they accept as a representative of the other State[21]. They do not have the same opportunity vis-à-vis Cabinet Ministers, who are appointed by their Governments as part of their sovereign prerogatives.

16. Likewise, there may be an analogy between *Heads of State*, who probably enjoy immunity under customary international law[22], and Foreign Ministers. But the two cannot be assimilated for the only reason that their functions may be compared. Both represent the State, but Foreign Ministers do not "impersonate" the State in the same way as Heads of

[18] A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, p. 40.

[19] J. Verhoeven, *L'immunité de juridiction et d'exécution des chefs d'Etat et anciens chefs d'Etat*, Report of the 13th Commission of the Institut de droit international, p. 46, para. 18. *[Translation by the Registry]*

[20] Convention on Diplomatic Relations, Vienna, 18 April 1961, United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 500, p. 95.

[21] See, for example, the Danish hesitations concerning the accreditation of a new ambassador for Israel in 2001, after a new government had come to power in that State: *The Copenhagen Post*, 29 July 2001, *The Copenhagen Post*, 31 July 2001, *The Copenhagen Post*, 24 August 2001, and "Prosecution of New Ambassador?", *The Copenhagen Post*, 7 November 2001 (all available on the Internet: http://cphpost.periskop.dk).

[22] In civil and administrative proceedings this immunity is, however, not absolute. See A. Watts, *op. cit.*, pp. 36 and 54. See also *supra*, footnote 15.

étrangères ne «personnifient» pas l'Etat de la même façon que les chefs d'Etat, qui en sont l'*alter ego*. La pratique relative aux immunités des chefs d'Etat[23] (en exercice ou ayant cessé de l'être) ne s'applique pas telle quelle aux ministres des affaires étrangères. Il n'existe aucune pratique des Etats révélatrice d'une *opinio juris* sur ce point.

17. La Commission du droit international, qui a vocation normative et œuvre au développement progressif du droit international, est parvenue à codifier la coutume internationale à l'égard des agents diplomatiques et consulaires[24], mais non des chefs d'Etat ou des ministres des affaires étrangères. Il convient de souligner que le rapporteur spécial de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens a estimé, dans son rapport de 1989, que les privilèges et immunités dont bénéficient les ministres des affaires étrangères sont octroyés au titre de la courtoisie plutôt que de règles de droit international établies[25]. De l'avis de sir Arthur Watts, cela pourrait expliquer que des doutes quant à la portée des immunités juridictionnelles accordées en droit international aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères subsistent dans la version finale du projet d'articles de 1991 de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens[26], qui fait mention des chefs d'Etat, mais non des ministres des affaires étrangères (art. 3, par. 2).

Pour ce qui a trait au droit pénal au regard des crimes les plus graves en droit international, tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, la Commission du droit international adopte manifestement à l'égard des immunités une perspective restrictive, comme en témoigne l'article 7 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996. Les articles de ce projet ne concernent pas seulement les juridictions pénales *internationales*, mais aussi les *Etats* qui établissent leur compétence pour connaître de ces crimes (art. 8 du projet de code) ou, dans une optique de coopération, extradent ou poursuivent les auteurs présumés de crimes de droit international (art. 9 du projet de code). Je reviendrai sur ce point lorsque je traiterai la question des immunités accordées aux ministres des affaires étrangères inculpés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité[27].

18. Le seul texte de droit international conventionnel qui puisse nous permettre de trancher la question de la protection reconnue aux ministres

[23] Voir ci-dessus, les notes 12 et 13.
[24] Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95, et convention sur les relations consulaires, Vienne, 24 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 596, p. 262.
[25] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II (2), II[e] partie, par. 446.
[26] A. Watts, *op. cit.*, p. 107.
[27] Voir ci-après, par. 24 et suiv., en particulier par. 32.

State, who are the State's alter ego. State practice concerning immunities of (incumbent and former) Heads of State[23] does not, *per se*, apply to Foreign Ministers. There is no State practice evidencing an *opinio juris* on this point.

17. Whereas the International Law Commission (ILC), in its mission to codify and progressively develop international law, has managed to codify customary international law in the case of diplomatic and consular agents[24], it has not achieved the same result regarding Heads of State or Foreign Ministers. It is noteworthy that the International Law Commission's Special Rapporteur on Jurisdictional Immunities of States and their Property, in his 1989 report, expressed the view that privileges and immunities enjoyed by Foreign Ministers are granted on the basis of comity rather than on the basis of established rules of international law[25]. This, according to Sir Arthur Watts, may explain why doubts as to the extent of jurisdictional immunities of Heads of Government and Foreign Ministers under customary international law have survived in the final version of the International Law Commission's 1991 Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property[26], which in Article 3, paragraph 2, only refer to Heads of State, not to Foreign Ministers.

In the field of the criminal law regarding international core crimes such as war crimes and crimes against humanity, the International Law Commission clearly adopts a restrictive view on immunities, which is reflected in Article 7 of the 1996 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. These Articles are intended to apply, not only to *international* criminal courts, but also to *national* authorities exercising jurisdiction (Article 8 of the Draft Code) or co-operating mutually by extraditing or prosecuting alleged perpetrators of international crimes (Article 9 of the Draft Code). I will further develop this when addressing the problem of immunities for incumbent Foreign Ministers charged with war crimes and crimes against humanity[27].

18. The only text of conventional international law, which may be of relevance to answer this question of the protection of Foreign Ministers,

[23] See *supra*, footnotes 12 and 13.
[24] Convention on Diplomatic Relations, Vienna, 18 April 1961, *UNTS*, Vol. 500, p. 95, and Convention on Consular Relations, Vienna, 24 April 1963, *UNTS*, Vol. 596, p. 262.
[25] *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 1989, Vol. II (2), Part 2, para. 446.
[26] A. Watts, *op. cit.*, p. 107.
[27] See *infra*, paras. 24 *et seq.* and particularly para. 32.

des affaires étrangères est la *convention de 1969 sur les missions spéciales*[28], dont l'article 21 opère une nette distinction entre les chefs d'Etat (par. 1) et les ministres des affaires étrangères (par. 2):

> «1. Le chef de l'Etat d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'Etat en visite officielle...
>
> 2. Le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international.»

La doctrine juridique est divisée sur la question de savoir dans quelle mesure cet instrument peut être considéré comme codifiant le droit international coutumier[29]. La convention, qui n'a pas été ratifiée par les Parties au différend, si elle fait mention de «facilités, privilèges et immunités» reconnus aux ministres des affaires étrangères, les circonscrit néanmoins au cadre des *visites officielles* («quand ces ministres prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi»). L'idée qu'un ministre des affaires étrangères devrait se voir accorder les mêmes privilèges et immunités qu'un chef de l'Etat est certainement empreinte de sagesse politique, mais un tel principe peut aussi bien relever de la courtoisie, et n'établit pas pour autant l'existence d'une règle de droit international coutumier en ce sens. Une telle règle ne saurait, en tout état de cause, être inférée du texte de la convention sur les missions spéciales. Quand bien même la convention s'appliquerait au différend opposant la République démocratique du Congo à la Belgique, sa seule répercussion serait qu'un mandat d'arrêt ne peut être exécuté à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères en exercice lorsqu'il prend part à une visite officielle (immunité d'exécution)[30].

19. La convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale[31] fait elle aussi mention des ministres des affaires étrangères. Aux termes de

---

[28] Convention de l'Organisation des Nations Unies sur les missions spéciales, New York, 16 décembre 1969, annexe à la résolution 2530 (XXIV) du 8 décembre 1969 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

[29] J. Salmon observe que la ratification de la convention par un nombre restreint d'Etats peut s'expliquer par le fait que cet instrument n'établit aucune hiérarchie entre les missions spéciales, puisqu'elle accorde aux membres de commissions administratives prenant part à des négociations sur des questions techniques les mêmes privilèges et immunités qu'aux chefs d'Etat en visite officielle. Voir J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 546.

[30] Voir aussi ci-après, par. 75 (inviolabilité).

[31] Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, New York, 14 décembre 1973, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 277.

is the 1969 Convention on Special Missions[28]. Article 21 of this Convention clearly distinguishes between Heads of State (para. 1) and Foreign Ministers (para. 2):

> "1. The Head of the sending State, when he leads a special mission, shall enjoy in the receiving State or in a third State the facilities, privileges and immunities accorded by international law . . .
>
> 2. The Head of the Government, the Minister for Foreign Affairs and other persons of high rank, when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in a third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law."

Legal opinion is divided on the question to what extent this Convention may be considered a codification of customary international law[29]. This Convention has not been ratified by the Parties to the dispute. It links the "facilities, privileges and immunities" of Foreign Ministers' *official visits* (when they take part in a special mission of the sending State). There may be some political wisdom in the proposition that a Foreign Minister should be accorded the same privileges and immunities as a Head of State, but this may be a matter of courtesy, and does not necessarily lead to the conclusion that there is a rule of customary international law to this effect. It certainly does not follow from the text of the Special Missions Convention. Applying this to the dispute between the Democratic Republic of the Congo and Belgium, the only conclusion that follows from the Special Missions Convention, were it to be applicable between the two States concerned, is that an arrest warrant against an incumbent Foreign Minister cannot be enforced when he is on an official visit (immunity from execution)[30].

19. Another international convention that mentions Foreign Ministers is the 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons[31]. This Convention indeed

[28] United Nations Convention on Special Missions, New York, 16 December 1969, Annex to UNGA res. 2530 (XXIV) of 8 December 1969.

[29] J. Salmon observes that the limited number of ratifications of the Convention can be explained because of the fact that the Convention sets all special missions on the same footing, according the same privileges and immunities to Heads of State on a official visit and to the members of an administrative commission which comes negotiating over technical issues. See J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 546.

[30] See also *infra*, para. 75 (inviolability).

[31] Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, New York, 14 December 1973, 78 *UNTS*, p. 277.

cette convention, les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et les autres représentants de l'Etat sont définis comme des «personnes jouissant d'une protection internationale»; cette définition laisse entendre, semble-t-il, que ces différents statuts sont assimilables (art. 1). Cette assimilation n'est toutefois pas pertinente en l'espèce. La convention de 1973 ne porte pas sur les immunités pénales dans un autre Etat, mais sur la protection de certains dignitaires étrangers lorsque ceux-ci sont *victimes* d'actes terroristes tels que le meurtre, l'enlèvement ou toute autre atteinte à leur personne ou à leur liberté (art. 2). Elle ne traite pas des protections procédurales reconnues à ces personnes lorsqu'elles sont elles-mêmes les *auteurs* présumés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

20. Peu d'éléments dans la doctrine juridique viennent corroborer l'analogie entre les ministres des affaires étrangères et les chefs d'Etat postulée par la Cour internationale de Justice. Oppenheim et Lauterpacht écrivent: «les membres d'un gouvernement n'occupent pas la situation exceptionnelle des chefs d'Etat...»[32], un point de vue que partagent A. Cavaglieri[33], P. Cahier[34], J. Salmon[35], B. S. Murty[36] et J. S. de Erice y O'Shea[37].

Sir Arthur Watts est catégorique à cet égard, lorsqu'il observe: «Ainsi le principe donne à penser qu'un chef de gouvernement ou qu'un ministre des affaires étrangères qui se rend dans un autre Etat *à titre officiel* jouit d'une immunité de juridiction *pour toute la durée de son séjour dans ledit Etat.*»[38] Au sujet des «déplacements privés», sir Arthur ajoute:

> «Il se peut fort bien qu'un chef d'Etat, lorsqu'il se rend à titre privé dans un autre Etat, continue de bénéficier de certains privilèges et immunités, mais il est beaucoup moins sûr que cela soit le cas des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères. L'Etat hôte pourra accorder à ces derniers un traitement spécial, mais il

[32] Publié sous la direction de L. Oppenheim et de H. Lauterpacht, *International Law, a Treatise*, 1955, vol. I, p. 358. Voir aussi la 9e édition de 1992 (publiée sous la direction de Jennings et de Watts), p. 1046.

[33] A. Cavaglieri, *Corso di Diritto Internazionale*, 2e éd., p. 321-322.

[34] P. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, 1962, p. 359-360.

[35] J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 539.

[36] B. S. Murty, *The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order*, 1989, p. 333-334.

[37] J. S. de Erice y O'Shea, *Derecho Diplomático*, 1954, p. 377-378.

[38] A. Watts, *op. cit.*, p. 106 (les italiques sont de moi). Voir aussi p. 54:

> «En ce qui concerne les poursuites pénales, l'immunité d'un chef d'Etat est généralement reconnue comme *absolue*, à l'instar de celle des ambassadeurs, et conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention sur les missions spéciales, qui reconnaît une telle immunité aux chefs d'Etat entrant dans son champ d'application.» (Les italiques sont de moi.) *[Traduction du Greffe.]*

defines "internationally protected persons" so as to include Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers and other representatives of the State, and may hereby create the impression that the different categories mentioned can be assimilated (Art. 1). This assimilation, however, is not relevant for the purposes of the present dispute. The 1973 Convention is not about immunities from criminal proceedings in another State, but about the protection of the high foreign officials it enumerates when they are *victims* of certain acts of terrorism such as murder, kidnapping or other attacks on their person or liberty (Art. 2). It is not about procedural protections for these persons when they are themselves accused of being *perpetrators* of war crimes and crimes against humanity.

20. There is hardly any support in legal doctrine for the International Court of Justice's postulated analogy between Foreign Ministers and Heads of State on the subject of immunities. Oppenheim and Lauterpacht write: "members of a Government have not the exceptional position of Heads of States . . ."[32]. This view is shared by A. Cavaglieri[33], P. Cahier[34], J. Salmon[35], B. S. Murty[36] and J. S. de Erice y O'Shea[37].

Sir Arthur Watts is adamant in observing that principle "suggests that a head of government or foreign minister who visits another State *for official purposes* is immune from legal process *while there*"[38]. Commenting further on the question of "private visits", he writes:

> "Although it may well be that a Head of State, when on a private visit to another State, still enjoys certain privileges and immunities, it is much less likely that the same is true of heads of governments and foreign ministers. Although they may be accorded certain special treatment by the host State, this is more likely to be a matter of

[32] L. Oppenheim and H. Lauterpacht (eds.), *International Law, a Treatise*, Vol. I, 1955, p. 358. See also the Ninth (1992) Edition (Jennings and Watts, eds.) at p. 1046.

[33] A. Cavaglieri, *Corso di Diritto Internazionale*, 2nd ed., pp. 321-322.

[34] P. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, 1962, pp. 359-360.

[35] J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 539.

[36] B. S. Murty, *The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order*, 1989, pp. 333-334.

[37] J. S. de Erice y O'Shea, *Derecho Diplomático*, 1954, pp. 377-378.

[38] A. Watts, *op. cit.*, p. 106 (emphasis added). See also p. 54:

> "So far as concerns criminal proceedings, a Head of State's immunity is generally accepted as being *absolute*, as it is for ambassadors, and as provided in Article 31 (1) of the Convention on Special Missions for Heads of States coming within its scope." (Emphasis added.)

agira vraisemblablement par courtoisie et respect pou
visiteur, et non pas tant parce qu'il pense que le droit in
impose un tel traitement.»[39]

21. Plus récemment, l'Institut de droit international a exa
session de Vancouver en 2001) la question de l'immunité des c
et des chefs de gouvernement. Le projet de résolution assimi
sément, à son article 14 intitulé «Le chef de gouvernement et
des affaires étrangères», les chefs de gouvernement *et* les m
affaires étrangères aux chefs d'Etat. Ce projet d'article n'ap
dans la version finale de la résolution de l'Institut, qui fait n
chefs de gouvernement, mais pas des ministres des affaires
Cette comparaison entre le projet de résolution et le texte fi
tout le moins que les éminents membres de l'Institut ont so
renoncé — à placer les ministres des affaires étrangères sur un
lité avec les chefs d'Etat[40].

Il est difficile de savoir avec certitude ce qui a motivé l'ado
résolution finale. Peut-être reflète-t-elle le sentiment de l'Instit
qu'il n'existe aucune règle de droit international coutum
lant chefs d'Etat et ministres des affaires étrangères. Quoi q
l'Institut a agi sagement. Procéder à des assimilations du ty
que l'on trouve dans le projet de résolution aurait pour eff
tiplier démesurément le nombre de personnes jouissant, à l'éc
nationale, d'une immunité de juridiction, et ouvrirait la p
abus. Des gouvernements pourraient, à leur escient, nom
postes ministériels des personnes soupçonnées d'avoir commi
violations des droits de l'homme afin de les mettre à l'abri de
à l'étranger.

22. L'immunité de juridiction viendrait dès lors faire ob
volonté des victimes de telles violations de poursuivre leu
à l'étranger. Celles-ci se heurtent certes aujourd'hui à
d'exécution découlant de l'application du principe énon
ticle 21 de la convention de 1969 sur les missions spéciales[41]
ministre est en visite officielle, mais ne se trouvent pas pour
cées dans l'incapacité d'intenter une action en justice. A all

[39] A. Watts, *op. cit.*, p. 109. *[Traduction du Greffe.]*

[40] Voir le rapport de J. Verhoeven mentionné ci-dessus, note 19 (projets
et les résolutions finales adoptées à la session de Vancouver le 26 août 20
publiées dans le prochain annuaire de l'Institut), et H. Fox, «The Resolutio
tute of International Law on the Immunities of Heads of State and
ICLQ, 2002, vol. 51, p. 119-125.

[41] Voir ci-dessus, par. 18.

courtesy and respect for the seniority of the visitor, than a reflection of any belief that such a treatment is required by international law."[39]

21. More recently, the Institut de droit international, at its 2001 Vancouver session, addressed the question of the immunity of Heads of State and Heads of Government. The draft resolution explicitly assimilated Heads of Government *and* Foreign Ministers with Heads of State in Article 14, entitled "Le Chef de gouvernement et le ministre des Affaires étrangères". This draft Article does not appear in the final version of the Institut de droit international resolution. The final resolution only mentions Heads of Government, not Foreign Ministers. The least one can conclude from this difference between the draft resolution and the final text is that the distinguished members of the Institut considered but did not decide to place Foreign Ministers on the same footing as Heads of State[40].

The reasons behind the final version of the resolution are not clear. It may or may not reflect the Institut de droit international's view that there is no customary international law rule that assimilates Heads of State and Foreign Ministers. Whatever may be the Institut de droit international's reasons, it was a wise decision. Proceeding to assimilations of the kind proposed in the draft resolution would dramatically increase the number of persons that enjoy international immunity from jurisdiction. There would be a potential for abuse. *Male fide* Governments could appoint suspects of serious human rights violations to cabinet posts in order to shelter them from prosecution in third States.

22. Victims of such violations bringing legal action against such persons in third States would face the obstacle of immunity from jurisdiction. Today, they may, by virtue of the application of the principle contained in Article 21 of the 1969 Special Missions Convention[41], face the obstacle of immunity from execution while the Minister is on an official visit, but they would not be barred from bringing an action altogether. Taking immunities further than this may even lead to conflict with inter-

[39] A. Watts, *op. cit.*, p. 109.

[40] See the Report of J. Verhoeven, *supra*, footnote 19 (draft resolutions) and the final resolutions adopted at the Vancouver meeting on 26 August 2001 (publication in the *Yearbook* of the Institute forthcoming). See further H. Fox, "The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government", 51 *ICLQ*, 2002, pp. 119-125.

[41] *Supra*, para. 18.

le risque existerait d'entrer en contradiction avec les règles internationales relatives aux droits de l'homme, comme le montre la récente affaire *Al-Adsani* portée devant la Cour européenne des droits de l'homme[42].

23. Je suis donc d'avis que, en jugeant que les ministres des affaires étrangères en exercice bénéficient d'une immunité *totale* de juridiction pénale (par. 54 de l'arrêt), la Cour est parvenue à une conclusion dépourvue de fondement en droit international positif. Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour aurait dû s'assurer qu'il existait un *usus* et une *opinio juris* établissant une coutume internationale en la matière. Il n'existe ni *usus* ni *opinio juris* établissant l'existence d'une coutume internationale en ce sens, il n'existe aucun traité sur ce point et la doctrine juridique ne semble pas étayer cette thèse. La conclusion de la Cour ne tient aucun compte de la tendance générale à restreindre l'immunité des représentants de l'Etat (y compris les chefs d'Etat), non seulement dans la sphère du droit privé et du droit commercial — qui limitent de plus en plus le principe *par in parem*[43], autrefois sacro-saint — mais également en droit pénal, lorsque sont allégués des crimes graves au regard du droit international[44]. Si la Belgique peut être accusée de ne pas avoir respecté la courtoisie internationale, on ne saurait en revanche pas l'accuser d'avoir enfreint le droit international. J'estime par conséquent que l'arrêt se fonde sur un raisonnement erroné.

---

[42] Voir l'affaire *Al-Adsani*, Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001 (http://www.echr.coe.int). Dans cette affaire, le requérant, qui possédait la double nationalité koweïtienne et britannique, affirmait avoir subi de graves violations des droits de l'homme (torture) au Koweït aux mains d'agents du gouvernement de ce pays. Il se plaignait de n'avoir pu exercer son droit de saisir la justice britannique, les tribunaux ayant refusé de connaître de sa requête au titre de la loi sur l'immunité de l'Etat de 1978. Jusqu'alors, les affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme avaient habituellement pour source des violations de ces droits commises sur le territoire de l'Etat défendeur et imputées aux autorités de cet Etat, non à celles d'Etats tiers. En conséquence, la question des immunités internationales ne se posait pas. Elle s'est posée dans l'affaire *Al-Adsani*, car, en l'espèce, la violation présumée des droits de l'homme avait été commise à l'étranger, par les autorités d'un autre Etat. La Cour européenne des droits de l'homme a rejeté, par 9 voix contre 8, les demandes de M. Al-Adsani, estimant qu'il n'y avait pas eu violation du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (droit à un procès équitable). Cette décision a toutefois été prise à une faible majorité (9 voix contre 8 et 8 opinions dissidentes) et son contenu est également restreint: elle ne tranche la question des immunités que dans le cas d'une procédure *civile*, sans traiter le cas d'une procédure *pénale*. Dans leur opinion dissidente, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, Vajić et Loucaides, les juges Rozakis et Caflisch interprètent la décision de la majorité au sens que la Cour aurait admis qu'il y avait eu violation si la procédure au Royaume-Uni avait été engagée au pénal à l'encontre d'un individu pour acte de torture présumé (paragraphe 60 de l'arrêt, tel qu'interprété par les juges au paragraphe 4 de leur opinion dissidente).

[43] Voir ci-dessus, la note 22.

[44] Voir ci-après, par. 24 et suiv.

national human rights rules as appears from the recent *Al-Adsani* case of the European Court of Human Rights[42].

23. I conclude that the International Court of Justice, by deciding that incumbent Foreign Ministers enjoy *full* immunity from foreign criminal jurisdiction (Judgment, para. 54), has reached a conclusion which has no basis in positive international law. Before reaching this conclusion, the Court should have satisfied itself of the existence of *usus* and *opinio juris*. There is neither State practice nor *opinio juris* establishing an international custom to this effect. There is no treaty on the subject and there is no legal opinion in favour of this proposition. The Court's conclusion is reached without regard to the general tendency toward the restriction of immunity of the State officials (including even Heads of State), not only in the field of private and commercial law where the *par in parem* principle has become more and more restricted and deprived of its mystique[43], but also in the field of criminal law, when there are allegations of serious international crimes[44]. Belgium may have acted contrary to international comity, but has not infringed international law. The Judgment is therefore based on flawed reasoning.

[42] ECHR, *Al-Adsani* v. *United Kingdom*, 21 November 2001, http://www.echr.coe.int. In that case, the Applicant, a Kuwaiti/British national, claimed to have been the victim of serious human rights violations (torture) in Kuwait by agents of the Government of Kuwait. In the United Kingdom, he complained about the fact that he had been denied access to court in Britain because the courts refused to entertain his complaint on the basis of the 1978 State Immunity Act. Previous cases before the ECHR had usually arisen from human rights violations committed on the territory of the respondent State and related to acts of torture allegedly committed by the authorities of the respondent State itself, not by the authorities of third States. Therefore, the question of international immunities did not arise. In the *Al-Adsani* case, the alleged human rights violation was committed abroad, by authorities of another State and so the question of immunity did arise. The ECHR (with a 9/8 majority), has rejected Mr. Al-Adsani's application and held that there has been no violation of Article 6, paragraph 1, of the Convention (right of access to court). However, the decision was reached with a narrow majority (9/8 and 8 dissenting opinions) and was itself very narrow: it only decided the question of immunities in a *civil* proceeding, leaving the question as to the application of immunities in a *criminal* proceeding unanswered. Dissenting judges, Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić and also Loucaides read the decision of the majority as implying that the court would have found a violation had the proceedings in the United Kingdom been criminal proceedings against an individual for an alleged act of torture (paragraph 60 of the judgment, as interpreted by the dissenting judges in paragraph 4 of their opinion).

[43] *Supra*, footnote 22.
[44] *Infra*, paras. 24 *et seq.*

tions[48] et rapports[49] de l'Organisation des Nations Unies sont en outre consacrés à la responsabilité internationale pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

Sur le plan de la doctrine juridique, les textes récents et spécialisés qui traitent de la compétence universelle sont extrêmement nombreux[50]. D'importantes sociétés savantes, dont l'International Law Association[51] et l'Institut de droit international[52], ont adopté des résolutions sur le sujet. De nouveaux groupes de réflexion, comme ceux des rédacteurs des «principes de Princeton»[53] et des «principes du Caire»[54], se sont exprimés sur la question. Des organisations de défense des droits de l'homme, telles que Amnesty International[55], Avocats sans frontières[56], Human

---

[48] Voir, par exemple: Sous-Commission des droits de l'homme, résolution 2000/24, *Rôle de la compétence universelle ou extraterritoriale dans l'action préventive contre l'impunité*, 18 août 2000, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/24; Commission des droits de l'homme, résolution 2000/68, *Impunité*, 26 avril 2000, E/CN.4/RES/2000/68; Commission des droits de l'homme, résolution 2000/70, *Impunité*, 25 avril 2001, E/CN.4/RES/2000/70 (prenant note de la résolution 2000/24 de la sous-commission).

[49] Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Administration de la justice et droits des détenus, question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (droits civils et politiques), rapport final revisé préparé par M. Joinet, conformément à la décision de la sous-commission 1996/119* du 2 octobre 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Commission des droits de l'homme, *Droits civils et politiques, dont les questions de: l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'administration de la justice, l'impunité, le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rapport final du rapporteur spécial, M. M. Cherif Bassiouni, présenté conformément à la résolution 1999/33 de la commission*, E/CN.4/2000/62.

[50] Voir ci-après, la note 98.

[51] International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, 2000.

[52] Voir aussi la résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle du 13 septembre 1989 de l'Institut de droit international, commentée par G. Sperduti, «La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats. Rapport provisoire», *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989, vol. 63, part. I, p. 309-351.

[53] Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, 23 juillet 2001, avec un avant-propos de Mary Robinson, Commissaire pour les droits de l'homme des Nations Unies, www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf. Voir M. C. Bassiouni «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 1-100.

[54] Africa Legal Aid (AFLA), *Preliminary Draft of the Cairo Guiding Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective*, Le Caire, 31 juillet 2001, http://www.afla.unimaas.nl/en/act/univjurisd/preliminaryprinciples.htm.

[55] Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, septembre 2001, AI index IOR 53/2001.

[56] Avocats sans frontières, «Débat sur la loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire», avant-projet du 14 octobre 2001, disponible sur le site http://www.asf.be.

tions[48] and reports[49] on the subject of international accountability for war crimes and crimes against humanity.

In legal doctrine, there is a plethora of recent scholarly writings on the subject[50]. Major scholarly organizations, including the International Law Association[51] and the Institut de droit international have adopted resolutions[52] and newly established think tanks, such as the drafters of the "Princeton principles"[53] and of the "Cairo principles"[54] have made statements on the issue. Advocacy organizations, such as Amnesty International[55], Avocats sans Frontières[56], Human Rights Watch, The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) and the Interna-

[48] See, for example, Sub-Commission on Human Rights, res. 2000/24, *Role of Universal or Extraterritorial Competence in Preventive Action against Impunity*, 18 August 2000, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/24; Commission on Human Rights, res. 2000/68, *Impunity*, 26 April 2000, E/CN.4/RES/2000/68; Commission on Human Rights, res. 2000/70, *Impunity*, 25 April 2001, E/CN.4/RES/2000/70 (taking note of Sub-Commission res. 2000/24).

[49] Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees, Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political), Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119*, 2 October 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Commission on Human Rights, *Civil and Political Rights, Including the Questions of: Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity, the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Final report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission res. 1999/33*, E/CN.4/2000/62.

[50] See *infra*, footnote 98.

[51] International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, 2000.

[52] See also the Institut de droit international's Resolution of Santiago de Compostela, 13 September 1989, commented by G. Sperduti, "Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in the Domestic Concerns of States. Rapport provisoire", *Yearbook of the Institute of International Law*, Session of Santiago de Compostela, 1989, Vol. 63, Part I, pp. 309-351.

[53] Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, 23 July 2001, with a foreword by Mary Robinson, United Nations High Commissioner for Human Rights, http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf. See M. C. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law*, 2001, Vol. 42, pp. 1-190.

[54] Africa Legal Aid (AFLA), *Preliminary Draft of the Cairo Guiding Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective*, Cairo, 31 July 2001, http://www.afla.unimaas.nl/en/act/univjurisd/preliminaryprinciples.htm.

[55] Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, September 2001, AI Index IOR 53/2001.

[56] Avocats sans frontières, "Débat sur la loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire", discussion paper of 14 October 2001, available on http://www.asf.be.

2. Les ministres des affaires étrangères en exercice ne bénéficient d'aucune immunité de juridiction vis-à-vis des autres Etats lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité

24. S'agissant des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, la Cour arrive à la conclusion suivante. Elle déclare qu'elle ne saurait déterminer l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité (par. 58, al. 1, de l'arrêt).

Elle poursuit en observant que rien, dans les dispositions des instruments juridiques portant création des tribunaux pénaux internationaux relatives à l'immunité ou à la responsabilité pénale des personnes agissant à titre officiel, ne permet de conclure à l'existence d'une telle exception en droit international coutumier s'agissant des juridictions pénales nationales (par. 58, al. 2, de l'arrêt).

Elle conclut que ces immunités «demeurent opposables devant les tribunaux d'un Etat étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions» (fin du par. 59 de l'arrêt).

25. Je m'élève vivement contre ces conclusions. Tout d'abord, et comme je l'ai dit plus haut, la Cour se fonde sur une base erronée en supposant que le droit international coutumier reconnaît aux ministres des affaires étrangères en exercice une immunité de juridiction totale. Ce postulat, qui fausse toute la suite du raisonnement, est à l'origine d'une seconde méprise: afin de pondérer la règle postulée consacrant «l'immunité totale» en droit international coutumier, il faudrait prouver l'existence d'une seconde règle de droit international coutumier s'opposant à la première. Il faudrait également établir que le principe de l'obligation de rendre des comptes sur le plan international a été consacré par le droit international coutumier. La Cour conclut, sans avoir trouvé l'ombre d'une preuve confirmant l'existence d'une telle règle dans l'éventail limité des sources qu'elle examine[45], qu'il y a eu violation de la première règle, celle de l'immunité.

26. La Cour souligne qu'immunité de procédure pénale ne vaut pas impunité lorsqu'un ministre des affaires étrangères est accusé de crimes, quelle que soit leur gravité. Elle poursuit en faisant valoir deux

[45] Au paragraphe 58 de l'arrêt, la Cour fait uniquement référence aux instruments relatifs aux tribunaux pénaux *internationaux* (les statuts des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, les statuts des tribunaux pénaux *ad hoc* et le statut de Rome portant création d'une Cour pénale internationale). Mais il existe également d'autres instruments pertinents en l'espèce, et qui font référence à la compétence des juridictions *nationales*. Le meilleur exemple en est la loi n° 10 du Conseil de contrôle sur le châtiment des individus coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité, Berlin, 20 décembre 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne*, n° 3, Berlin, 31 janvier 1946). Voir également l'article 7 du projet de code de la Commission du droit international de 1996 sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

cumbent Foreign Ministers Are Not Immune from the ion of Other States When Charged with War Crimes and Crimes against Humanity

he subject of war crimes and crimes against humanity, the es the following decision: it holds that it is unable to decide xists under customary international law any form of exception ccording immunity from criminal process and inviolability to Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of mitted war crimes or crimes against humanity (Judgment, rst subparagraph).

n by observing that there is nothing in the rules concerning the or the criminal responsibility of persons having an official ntained in the legal instruments creating international crimi- ls that enables it to find that such an exception exists under international law before national criminal tribunals (Judg- 58, second subparagraph).

unity, it concludes, "remain[s] opposable before the courts of ate, even where those courts exercise such a jurisdiction under ntions" (Judgment, para. 59 *in fine*).

ongly disagree with these propositions. To start with, as set the Court starts from a flawed premise, assuming that incum- gn Ministers enjoy full immunity from jurisdiction under cus- rnational law. This premise taints the rest of the reasoning. It other flaw in the reasoning: in order to "counterbalance" the customary international law rule of "full immunity", there e evidence of another customary international law rule that te the first rule. It would need to be established that the prin- ernational accountability has also reached the status of cus- rnational law. The Court finds no evidence for the existence ule in the limited sources it considers[45] and concludes that iolation of the first rule, the rule of immunity.

unity from criminal process, the International Court of Jus- sizes, does not mean the impunity of a Foreign Minister for he may have committed, however serious they may be. It goes

raph 58 of the Judgment, the Court only refers to instruments that are rele- *national* criminal tribunals (the statutes of the Nuremberg and the Tokyo utes of the *ad hoc* criminal tribunals and the Rome Statute for an Interna- al Court). But there are also other instruments that are of relevance, and he jurisdiction of *national* tribunals. A prominent example is Control Coun- 0, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and nity, *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, Berlin, 946. See also Article 7 of the 1996 ILC Draft Code of Offences against the curity of Mankind.

arguments prouvant son adhésion à ce principe : *a)* elle opère une di
tion entre l'immunité de juridiction, qui revêt un caractère procé
et la responsabilité pénale, qui touche au fond du droit ; ainsi, l'imm
de juridiction ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de tout
ponsabilité pénale (par. 60 de l'arrêt) ; *b)* elle soutient que les imm
dont bénéficie en droit international un ministre ou un ancien mi
des affaires étrangères en exercice ne font pas obstacle à ce que leu
ponsabilité pénale soit recherchée dans quatre cas particuliers, q
examine par la suite (par. 61 de l'arrêt).

Il est extrêmement regrettable de constater que cette conclusion
non seulement les arguments en faveur de l'obligation, au regard du
pénal, de rendre compte de crimes de guerre et de crimes contre l'h
nité, mais qu'en outre elle ne reconnaît pas la primauté des normes
vant de cette dernière catégorie. Je développerai ces deux points da
alinéas *a)* et *b)* de cette section, ci-après, mais je souhaite aupar
émettre un commentaire général sur l'approche de la Cour.

27. La Cour a tort, non seulement d'un point de vue juridique,
également pour une autre raison. Son approche générale pèche esse
lement par le fait qu'elle néglige toute l'évolution récente du droit
national pénal moderne qui tend à instituer une obligation individue
rendre compte des crimes internationaux les plus graves. Certes, e
l'ignore pas totalement, mais elle se contente d'une approche ext
ment minimaliste, en adoptant une interprétation très réductric
«clauses d'exclusion de l'immunité» figurant dans les instruments
nationaux.

Ce principe est pourtant codifié dans diverses sources de droit, y
pris les principes de Nuremberg[46] et l'article IV de la convention po
prévention et la répression du crime de génocide[47]. Plusieurs ré

---

[46] Principes de droit international reconnus par le statut de Nuremberg, G
29 juillet 1950, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, supp*
n° 12, Nations Unies, doc. A/1316 (1950).

[47] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Paris,
cembre 1948, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 277. Voir aussi l'article 7
tut de Nuremberg (statut du Tribunal militaire international, Londres, 8 août 1945,
des traités, vol. 82, p. 279) ; article 6 de la charte de Tokyo (charte du Tribunal m
international pour l'Extrême-Orient, Tokyo, 19 janvier 1946, *TIAS*, n° 1589) ; articl
de la loi n° 10 du Conseil de contrôle (loi n° 10 du Conseil de contrôle sur le châtim
individus coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'hum
Berlin, 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne*
Berlin, 31 janvier 1946) ; paragraphe 2 de l'article 7 du statut du Tribunal pénal pou
Yougoslavie (statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, New
25 mai 1993, *ILM*, 1993, p. 1192) ; paragraphe 2 de l'article 6 du statut du Tribunal
pour le Rwanda (statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, New
8 novembre 1994, *ILM*, 1994, p. 1598) ; article 7 du projet de code de la Commissi
droit international des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, G
5 juillet 1996, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol.
article 27 du statut de Rome de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998,
1998, p. 999.

on by making two points showing its adherence to this principle: *(a)* jurisdictional immunity, being procedural in nature, is not the same as criminal responsibility, which is a question of substantive law and the person to whom jurisdictional immunity applies is not exonerated from all criminal responsibility (Judgment, para. 60); *(b)* immunities enjoyed by an incumbent Foreign Minister under international law do not represent a bar to criminal prosecution in four sets of circumstances, which the Court further examines (Judgment, para. 61).

This is a highly unsatisfactory rebuttal of the arguments in favour of international accountability for war crimes and crimes against humanity, which moreover disregards the higher order of the norms that belong to the latter category. I will address both points in subsections *(a)* and *(b)* of this section, below. Before doing so, I wish to make a general comment on the approach of the Court.

27. Apart from being wrong in law, the Court is wrong for another reason. The more fundamental problem lies in its general approach, that disregards the whole recent movement in modern international criminal law towards recognition of the principle of individual accountability for international core crimes. The Court does not completely ignore this, but it takes an extremely minimalist approach by adopting a very narrow interpretation of the "no immunity clauses" in international instruments.

Yet, there are many codifications of this principle in various sources of law, including the Nuremberg Principles[46] and Article IV of the Genocide Convention[47]. In addition, there are several United Nations resolu-

[46] Nuremberg Principles, Geneva, 29 July 1950, *Official Records of the General Assembly, Fifth Session, Supplement No. 12*, United Nations doc. A/1316 (1950).

[47] Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948, *UNTS*, Vol. 78, p. 277. See also Art. 7 of the Nuremberg Charter (Charter of the International Military Tribunal, London, 8 August 1945, *UNTS*, Vol. 82, p. 279); Art. 6 of the Tokyo Charter (Charter of the Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 19 January 1946, *TIAS*, No. 1589); Art. II (4) of the Control Council Law No. 10 (Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, Berlin, 20 December 1945, *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, Berlin, 31 January 1946); Art. 7, para. 2, of the ICTY Statute (Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, New York, 25 May 1993, *ILM*, 1993, p. 1192); Art. 6, para. 2, of the ICTR Statute (Statute of the International Tribunal for Rwanda, New York, 8 November 1994, *ILM*, 1994, p. 1598); Art. 7 of the 1996 ILC Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Geneva, 5 July 1996, *YILC* 1996, Vol. II (2)); and Art. 27 of the Rome Statute for an International Criminal Court (Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, *ILM*, 1998, p. 999).

Rights Watch, la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) et la Commission internationale de juristes[57], ont adopté des positions très claires à l'égard de la responsabilité internationale[58]. Ces initiatives peuvent être considérées comme traduisant l'opinion de la *société civile*, opinion dont le droit international coutumier en formation ne saurait faire aujourd'hui totalement abstraction. Les conventions internationales ont été plus d'une fois le fruit d'un processus lancé par des organisations de la société civile[59]. Parmi les exemples bien connus figurent: la convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre[60] qui, si l'on remonte à ses origines, est l'aboutissement d'une initiative de l'Association internationale de droit pénal; la convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, dont l'élaboration a probablement été motivée par la campagne contre la torture menée par Amnesty International; le traité de 1997 pour l'interdiction des mines terrestres[61], auquel la campagne pour l'interdiction des mines terrestres a donné un élan extraordinaire[62]; et, enfin, le statut de 1998 portant création de la Cour pénale internationale, dont la promotion a été assurée par une coalition d'organisations non gouvernementales.

28. La Cour ne tient aucun compte de ces évolutions et n'examine pas les sources de droit pertinentes. Elle adopte au contraire un mode de raisonnement formaliste en concluant d'emblée — et à tort — qu'il n'existe, en droit international coutumier, aucune exception à la règle consacrant l'immunité des ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes internationaux (par. 58 de l'arrêt). En adoptant cette approche, la Cour établit implicitement une hiérarchie entre les règles en matière

---

[57] K. Roth, «The Case for Universal Jurisdiction», *Foreign Affairs*, septembre/octobre 2001, réponse à un article écrit par un ancien ministre des affaires étrangères dans la même revue (Henry Kissinger, «The Pitfalls of Universal Jurisdiction», *Foreign Affairs*, juillet/août 2001).

[58] Voir le rapport de presse publié conjointement par Human Rights Watch, la Fédération internationale des droits de l'homme et la Commission internationale de juristes, «Rights Group Supports Belgium's Universal Jurisdiction Law», 16 novembre 2000, qui peut être consulté sur les sites http://www.hrw.org/press/2000/11/world-court.htm ou http://www.icj.org/press/press01/english/belgium11.htm. Voir aussi les efforts déployés par le comité international de la Croix-Rouge, en faveur de l'adoption d'instruments internationaux du droit international humanitaire et son soutien à leur mise en œuvre par les Etats (http://www.icrc.org/eng/advisory_service_ihl; http://www.icrc.org/eng/ihl).

[59] M. C. Bassiouni, «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 92.

[60] Convention sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, New York, 26 novembre 1968, *ILM*, 1969, p. 68.

[61] Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, Oslo, 18 septembre 1997, *ILM*, 1997, p. 1507.

[62] La campagne internationale pour l'interdiction des mines terrestres est une coalition d'organisations non gouvernementales, dont les membres fondateurs sont Handicap International, Human Rights Watch, Medico International, Mines Advisory Group, Physicians for Human Rights et Vietnam Veterans of America Foundation.

tional Commission of Jurists[57], have taken clear positions on the subject of international accountability[58]. This may be seen as the opinion of *civil society*, an opinion that cannot be completely discounted in the formation of customary international law today. In several cases, civil society organizations have set in motion a process that ripened into international conventions[59]. Well-known examples are the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity[60], which can be traced back to efforts of the International Association of Penal Law, the 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, probably triggered by Amnesty International's Campaign against Torture, the 1997 Treaty banning landmines[61], to which the International Campaign to Ban Landmines gave a considerable impetus[62] and the 1998 Statute for the International Criminal Court, which was promoted by a coalition of non-governmental organizations.

28. The Court fails to acknowledge this development, and does not discuss the relevant sources. Instead, it adopts a formalistic reasoning, examining whether there is, under customary international law, an international crimes exception to the — wrongly postulated — rule of immunity for incumbent Ministers under customary international law (Judgment, para. 58). By adopting this approach, the Court implicitly establishes a hierarchy between the rules on immunity (protecting incumbent

[57] K. Roth, "The Case for Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, September/October 2001, responding to an article written by an ex-Minister of Foreign Affairs in the same review (Henry Kissinger, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, July/August 2001).

[58] See the joint Press Report of Human Rights Watch, the International Federation of Human Rights Leagues and the International Commission of Jurists, "Rights Group Supports Belgium's Universal Jurisdiction Law", 16 November 2000, available at http://www.hrw.org/press/2000/11/world-court.htm or http://www.icj.org/press/press01/english/belgium11.htm. See also the efforts of the International Committee of the Red Cross in promoting the adoption of international instruments on international humanitarian law and its support of national implementation efforts (http://www.icrc.org/eng/advisory_service_ihl; http://www.icrc.org/eng/ihl).

[59] M. C. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law*, 2001, Vol. 42, p. 92.

[60] Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, New York, 26 November 1968, *ILM*, 1969, p. 68.

[61] Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-personnel Mines and on Their Destruction, Oslo, 18 September 1997, *ILM*, 1997, p. 1507.

[62] The International Campaign to Ban Landmines (ICBL) is a coalition of non-governmental organizations, with Handicap International, Human Rights Watch, Medico International, Mines Advisory Group, Physicians for Human Rights and Vietnam Veterans of America Foundation as founding members.

d'immunité (qui protègent les ministres des affaires étrangères en exercice) et les règles en matière d'obligation internationale de rendre des comptes (qui veulent que toute accusation de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité portée à l'encontre de ministres des affaires étrangères en exercice fasse l'objet d'une enquête).

En élevant celles-là au rang de principes de droit international coutumier dans la première partie de son raisonnement, et en concluant dans la seconde partie que celles-ci n'ont pas le même statut, la Cour n'a pas besoin de s'attacher davantage à examiner le statut du principe de l'obligation de répondre de ses actes au regard du droit international. Par conséquent, elle laisse ce principe de côté. En revanche, d'autres juridictions, comme la Chambre des lords en l'affaire *Pinochet*[63] ou la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Al-Adsani*[64], se sont davantage interrogées sur la part qu'il conviendrait de faire, sur le plan normatif, entre les crimes internationaux relevant du *jus cogens* et les immunités.

Parmi les questions touchant à l'obligation internationale de rendre compte de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, la Cour internationale de Justice n'a pas répondu aux suivantes: cette obligation peut-elle être considérée comme un principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour? La Cour, avant de conclure qu'il n'existait aucune exception aux immunités prévues par le droit international, même en cas de crimes internationaux, n'aurait-elle pas dû faire plus grand cas du fait que, bien souvent, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont été considérés comme des crimes au regard du droit international coutumier[65]? N'aurait-elle pas dû examiner la thèse des auteurs selon qui les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des crimes relevant du *jus cogens*[66], ce qui, si tel est bien le cas, ne ferait que différencier davantage le statut des règles sanctionnant ces crimes de celui

---

[63] *R.* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 24 mars 1999, [1999] *All ER*, vol. 2, HL, p. 97.

[64] Voir l'affaire *Al-Adsani*; Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001 (http://www.echr.coe.int).

[65] Voir American Law Institute, *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, par. 404, commentaire; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989; T. Meron, «International Criminalization of Internal Atrocities», *American Journal of International Law*, 1995, vol. 89, p. 558; A. H. J. Swart, *De berechting van internationale misdrijven*, 1996, p. 7; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, «Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction», 2 octobre 1995, *Tadić*, par. 96-127 et 134 (article 3 commun).

[66] M. C. Bassiouni, «International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*», *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, n° 4, p. 63-74; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999, p. 210-217; C. J. R. Dugard, Opinion en l'affaire *Bouterse*, par. 4.5.5, figurant sur le site http://www.icj.org/objectives/opinion.htm; K. C. Randall, «Universal Jurisdiction under International Law», *Texas Law Review*, 1988, vol. 66, p. 829-832; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, jugement du 10 décembre 1998, *Furundzija*, par. 153 (torture).

Foreign Ministers) and the rules on international accountability (calling for the investigation of charges against incumbent Foreign Ministers charged with war crimes and crimes against humanity).

By elevating the former rules to the level of customary international law in the first part of its reasoning, and finding that the latter have failed to reach the same status in the second part of its reasoning, the Court does not need to give further consideration to the status of the principle of international accountability under international law. As a result, the Court does not further examine the status of the principle of international accountability. Other courts, for example the House of Lords in the *Pinochet* case[63] and the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* case[64], have given more thought and consideration to the balancing of the relative normative status of international *jus cogens* crimes and immunities.

Questions concerning international accountability for war crimes and crimes against humanity and that were not addressed by the International Court of Justice include the following. Can international accountability for such crimes be considered to be a general principle of law in the sense of Article 38 of the Court's Statute? Should the Court, in reaching its conclusion that there is no international crimes exception to immunities under international law, not have given more consideration to the factor that war crimes and crimes against humanity have, by many, been considered to be customary international law crimes[65]? Should it not have considered the proposition of writers who suggest that war crimes and crimes against humanity are *jus cogens* crimes[66], which, if it were correct, would only enhance the contrast between the status of the rules punishing these crimes and the rules protecting suspects on the

[63] *R.* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 24 March 1999, [1999] 2 All ER 97, HL.

[64] *Al-Adsani* case: ECHR, *Al-Adsani* v. *United Kingdom*, 21 November 2001, http://www.echr.coe.int.

[65] See: American Law Institute, *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, para. 404, Comment; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989; T. Meron, "International Criminalization of Internal Atrocities", 89 *AJIL*, 1995, p. 558; A. H. J. Swart, *De berechting van internationale misdrijven*, 1996, p. 7; ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, *Tadić*, paras. 96-127 and 134 (common Article 3).

[66] M. C. Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", 59 *Law and Contemporary Problems*, 1996, Issue 4, pp. 63-74; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999, pp. 210-217; C. J. R. Dugard, Opinion in: *Re Bouterse*, para. 4.5.5, to be consulted at: http://www.icj.org/objectives/opinion.htm; K. C. Randall, "Universal Jurisdiction under International Law", 66 *Texas Law Review*, 1988, pp. 829-832; ICTY, Judgment, 10 December 1998, *Furundzija*, para. 153 (torture).

peut être plus préjudiciable à la dignité d'un Etat que la non-invocat
de celle-ci[83]. La Cour internationale de Justice aurait au moins dû i
quer clairement qu'il revenait au Congo de connaître lui-même de l'affa

36. Le *troisième cas* relevé par la Cour, qui fait valoir que l'immu
n'est pas nécessairement synonyme d'impunité, est celui où l'intér
cesse d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères (par. 6
l'arrêt, «En troisième lieu»). Dans ce cas, il ne bénéficiera plus des im
nités de juridiction que lui accordait le droit international dans les au
Etats. La Cour ajoute que l'immunité totale ne peut dans ce cas être le
que pour des actes «accomplis avant ou après la période pendant laqu
il [le ministre des affaires étrangères] a occupé ces fonctions». Pour ce
est des actes commis alors que le ministre des affaires étrangères étai
exercice, l'immunité ne peut être levée «qu'au titre d'actes qui, b
qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé». La Cour n
prononce pas sur la question de savoir si les crimes de guerre et les cri
contre l'humanité relèvent de cette catégorie[84].

Il est extrêmement regrettable que la Cour internationale de Jus
n'ait pas nuancé cette déclaration[85], comme la Chambre des lords l'a
fait en l'affaire *Pinochet*. Elle aurait pu — et aurait même dû — ajou
que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne tomb
jamais dans cette catégorie. Certains crimes de droit international (
exemple certains actes de génocide et d'agression) ne peuvent être co
mis, pour des raisons d'ordre pratique, qu'avec des moyens dont seul
Etat peut disposer et dans le cadre d'une politique adoptée par lui —
d'autres termes, vus sous cet angle, ces actes ne peuvent être que des a
«officiels». L'immunité ne devrait jamais s'appliquer aux crimes au reg
du droit international, que ce soit devant des juridictions internationa
ou nationales. Je souscris pleinement à la déclaration de lord Steyn,
faisait observer dans la première affaire *Pinochet*:

> «Il en découle donc que l'ordre donné par Hitler de recourir à
> «solution finale» doit être considéré comme un acte accompli à t
> officiel dans le cadre de ses fonctions de chef d'Etat. Voilà
> conduit inexorablement le raisonnement de la Cour d'appel.»[86]

La Cour internationale de Justice aurait dû dire clairement que

---

[83] H. Lauterpacht, «The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign Stat
BYBIL, 1951, vol. 28, p. 232. La formulation utilisée en anglais par sir Hersch est la
vante: «the dignity of a foreign state may suffer more from an appeal to immunity t
from a denial of it».

[84] Voir également le paragraphe 55 de l'arrêt, dans lequel la Cour fait valoir
compte tenu de cette «immunité totale» (par. 54), il n'est pas possible d'opérer de dist
tion entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre «officiel
ceux qui l'auraient été à titre «privé».

[85] Voir ci-dessus, les notes 12 et 13.

[86] *R.* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pino
Ugarte*, 25 novembre 1998, [1998] *All ER*, vol. 4, p. 945.

denial of it"[83]. The International Court of Justice should at least have made it explicit that the Congo should have taken up the matter itself.

36. The *third case* mentioned by the Court in support of its proposition that immunity does not necessarily lead to impunity is where the person has ceased to be a Foreign Minister (Judgment, para. 61, "Thirdly"). In that case, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. The Court adds that the lifting of full immunity, in this case, is only for "acts committed prior or subsequent to his or her period of office". For acts committed during that period of office, immunity is only lifted "for acts committed during that period of office in a private capacity". Whether war crimes and crimes against humanity fall into this category the Court does not say[84].

It is highly regrettable that the International Court of Justice has not, like the House of Lords in the *Pinochet* case, qualified this statement[85]. It could and indeed should have added that war crimes and crimes against humanity can never fall into this category. Some crimes under international law (e.g., certain acts of genocide and of aggression) can, for practical purposes, only be committed with the means and mechanisms of a State and as part of a State policy. They cannot, from that perspective, be anything other than "official" acts. Immunity should never apply to crimes under international law, neither before international courts nor national courts. I am in full agreement with the statement of Lord Steyn in the first *Pinochet* case, where he observed that:

> "It follows that when Hitler ordered the 'final solution' his act must be regarded as an official act deriving from the exercise of his functions as Head of State. That is where the reasoning of the Divisional Court inexorably leads."[86]

The International Court of Justice should have made it clearer that its

---

[83] H. Lauterpacht, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", 28 *BYBIL*, 1951, p. 232.

[84] See also paragraph 55 of the Judgment, where the Court says that, from the perspective of his "full immunity", no distinction can be drawn between acts performed by a Minister for Foreign Affairs in an "official capacity" and those claimed to have been performed in a "private capacity".

[85] See *supra*, footnotes 12 and 13.

[86] *R.* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 25 November 1998, [1998] 4 All ER 897, p. 945.

des règles visant à protéger les suspects au titre des immunités reconnues aux ministres des affaires étrangères en exercice, qui, elles, ne font probablement pas partie du *jus cogens*[67] ?

Après ces observations liminaires de portée générale, j'examinerai plus particulièrement maintenant les deux affirmations de la Cour internationale de Justice évoquées plus haut, à savoir la distinction entre les défenses au fond et les exceptions de procédure et l'idée selon laquelle les immunités ne font pas obstacle à des poursuites pénales[68].

a) La distinction entre l'immunité en tant qu'exception de procédure et l'immunité en tant que défense au fond n'est pas pertinente en l'espèce

29. La distinction entre immunité de juridiction et responsabilité pénale existe certes dans tous les systèmes juridiques du monde, mais elle ne fonde en rien la thèse selon laquelle les ministres des affaires étrangères seraient à l'abri de poursuites engagées par d'autres Etats lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. La convention de 1948 sur le génocide[69], le projet de code de 1996 de la Commission du droit international sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[70], les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*[71] et le statut de Rome de la Cour pénale internationale[72] sont autant de sources qui confirment la proposition exprimée dans le troisième principe de Nuremberg[73], selon lequel :

> « Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international. »

30. Le Congo soutient, dans ses pièces et plaidoiries, que ces sources n'ont trait qu'aux immunités de fond, et non aux immunités de procédure, et qu'elles ne prévoient par conséquent aucune exception au principe selon lequel les ministres des affaires étrangères en exercice jouissent

[67] Voir la conclusion du professeur J. Verhoeven dans le rapport de Vancouver pour l'Institut de droit international, cité ci-dessus à la note 19.
[68] Voir aussi, ci-dessus, par. 26.
[69] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Paris, 9 décembre 1948, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 277.
[70] Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Rapport de la Commission du droit international, 1996, Nations Unies, doc. A/51/10, p. 59.
[71] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, New York, 25 mai 1993, *ILM*, 1993, p. 1192 ; statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, New York, 8 novembre 1994, *ILM*, 1994, p. 1598.
[72] Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998, *ILM*, 1998, p. 999.
[73] Voir ci-dessus, la note 46.

ground of immunities for incumbent Foreign Ministers, which are probably not part of *jus cogens*[67].

Having made these general introductory observations, I will now turn to the two specific propositions of the International Court of Justice referred to above, i.e., the distinction between substantive and procedural defences and the idea that immunities are not a bar to prosecution[68].

(a) *The distinction between immunity as a procedural defence and immunity as a substantive defence is not relevant for the purposes of this dispute*

29. The distinction between jurisdictional immunity and criminal responsibility of course exists in all legal systems in the world, but is not an argument in support of the proposition that incumbent Foreign Ministers cannot be subject to the jurisdiction of other States when they are suspected of war crimes and crimes against humanity. There are a host of sources, including the 1948 Genocide Convention[69], the 1996 International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind[70], the Statutes of the *ad hoc* international criminal tribunals[71] and the Rome Statute for an International Criminal Court[72]. All these sources confirm the proposition contained in the Principle 3 of the Nuremberg principles[73] which states:

> "The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law."

30. The Congo argued that these sources only address substantive immunities, not procedural immunities and that therefore they offer no exception to the principle that incumbent Foreign Ministers are immune from the jurisdiction of other States. Although some authorities seem to

[67] See the conclusion of Professor J. Verhoeven in his Vancouver report for the Institut de droit international, *supra*, footnote 19, p. 70.
[68] See also *supra*, para. 26.
[69] Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948, *UNTS*, Vol. 78, p. 277.
[70] Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission, 1996, United Nations doc. A/51/10, p. 59.
[71] Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia, New York, 25 May 1993, *ILM*, 1993, p. 1192 ; Statute of the International Tribunal for Rwanda, 8 November 1994, *ILM*, 1994, p. 1598.
[72] Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, *ILM*, 1998, p. 999.
[73] *Supra*, footnote 46.

soustraire aux poursuites ou au châtiment dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité de fond ou de tout fait justificatif. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité.»[78]

33. En concluant que les clauses d'exclusion de l'immunité prévues par les instruments internationaux pertinents n'ont trait qu'aux immunités de fond, et non aux immunités de procédure, la Cour internationale de Justice adopte une position purement doctrinale qui n'est fondée ni sur le droit international coutumier ou conventionnel, ni sur la pratique des Etats, et qui n'est pas étayée par l'opinion d'un nombre important d'auteurs; il est particulièrement regrettable qu'elle le fasse sans en indiquer les raisons.

b) La proposition de la Cour selon laquelle l'immunité ne conduirait pas nécessairement à l'impunité est erronée

34. J'examinerai à présent la proposition de la Cour selon laquelle les immunités de procédure dont, aux termes du droit international, bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne feraient pas obstacle à des poursuites pénales dans certaines circonstances, précisées par la Cour. Celle-ci relève quatre cas dans lesquels il est possible de poursuivre un ministre des affaires étrangères en exercice ou un ancien ministre des affaires étrangères en dépit des immunités que lui reconnaît le droit international coutumier: 1) il peut faire l'objet de poursuites dans son propre pays; 2) il peut être poursuivi par d'autres Etats si celui qu'il représente lève son immunité; 3) il peut être poursuivi lorsqu'il cesse ses fonctions de ministre des affaires étrangères; et 4) il peut être poursuivi par une juridiction internationale (par. 61 de l'arrêt).

La Cour a peut-être raison en théorie: immunité et impunité ne sont pas synonymes et les deux notions ne sauraient donc être confondues. En pratique toutefois, l'immunité conduit à une impunité de fait. Les quatre cas relevés par la Cour revêtent tous un caractère largement hypothétique.

35. Les poursuites visées dans les *deux premiers cas* supposent que l'Etat qui a nommé l'intéressé au poste de ministre des affaires étrangères soit disposé à instruire les allégations visant son ministre, à engager des poursuites devant les juridictions nationales ou à lever son immunité afin qu'un autre Etat puisse en faire autant.

Or, c'est justement là que réside le problème fondamental de l'impunité: lorsque les autorités nationales ne veulent ou ne peuvent pas mener

[78] Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Rapport de la Commission du droit international, 1996, Nations Unies, doc. A/51/10, p. 59.

ecution or punishment in appropriate judicial proceedings is ssential corollary of the absence of any substantive immunity or nce. It would be paradoxical to prevent an individual from king his official position to avoid responsibility for a crime only ermit him to invoke this same consideration to avoid the conse-ces of this responsibility."[78]

adopting the view that the non-impunity clauses in the relevant onal instruments only address substantive, not procedural immu-e International Court of Justice has adopted a purely doctrinal on, which is not based on customary or conventional interna-y or on national practice and which is not supported by a sub-art of legal doctrine. It is particularly unfortunate that the Inter-Court of Justice adopts this position without giving reasons.

Court's proposition that immunity does not necessarily lead to nity is wrong

ow turn to the Court's proposition that immunities protecting bent Foreign Minister under international law are not a bar to prosecution in certain circumstances, which the Court enumer-Court mentions four cases where an incumbent or former Min-Foreign Affairs can, despite his immunities under customary onal law, be prosecuted: (1) he can be prosecuted in his own (2) he can be prosecuted in other States if the State whom he s waives immunity; (3) he can be prosecuted after he ceases linister for Foreign Affairs; and (4) he can be prosecuted before ational court (Judgment, para. 61).

ory, the Court may be right: immunity and impunity are not ous and the two concepts should therefore not be conflated. In however, immunity leads to *de facto* impunity. All four cases d by the Court are highly hypothetical.

secution in the *first two cases* presupposes a willingness of the ch appointed the person as a Foreign Minister to investigate ecute allegations against him domestically or to lift immunity in llow another State to do the same.

owever, is the core of the problem of impunity: where national es are not willing or able to investigate or prosecute, the crime

---

Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the al Law Commission, 1996, United Nations doc. A/51/10, p. 41.

une enquête ou traduire l'accusé en justice, le crime reste impuni. Et c'est précisément ce qui s'est passé dans le cas de M. Yerodia. Le Congo a accusé la Belgique d'avoir exercé une compétence universelle dans une situation où la personne soupçonnée — un ministre des affaires étrangères en exercice — ne se trouvait pas sur son territoire, alors qu'en s'abstenant lui-même de poursuivre M. Yerodia, qui était pourtant présent sur le sol national, le Congo a enfreint les conventions de Genève et toute une série de résolutions de l'Organisation des Nations Unies allant dans le même sens[79].

Le Congo était donc mal fondé à accuser la Belgique d'exercer abusivement sa compétence universelle à l'encontre de M. Yerodia Ndombasi. Si le Congo avait agi comme il aurait dû le faire, c'est-à-dire s'il avait instruit les accusations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité pesant sur M. Yerodia à raison de faits qu'il lui était reproché d'avoir commis au Congo, la Belgique n'aurait pas été contrainte d'engager des poursuites. Cette dernière a indiqué à plusieurs reprises, et réaffirmé dans son exposé liminaire ainsi que dans sa déclaration finale devant la Cour[80], qu'elle avait tenté de transmettre le dossier aux autorités congolaises pour qu'elles procèdent elles-mêmes à une enquête et à des poursuites. Le Congo ne dit nulle part qu'il a enquêté sur les accusations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité portées à l'encontre de M. Yerodia. Le conseil du Congo a même estimé que l'initiative de la Belgique constituait, pour comble, une pression indue à son endroit[81].

Le Congo n'avait pas «les mains propres» lorsqu'il s'est présenté devant la Cour[82]. En reprochant à la Belgique d'avoir instruit des allégations de crimes internationaux et engagé des poursuites, ce qu'il était lui-même tenu de faire, le Congo fait preuve de mauvaise foi. Il prétend que la Belgique l'a offensé et lui a fait subir un préjudice moral, insinuant que l'exercice par celle-ci d'une «compétence universelle excessive» (par. 42 de l'arrêt) était incompatible avec sa dignité. Cependant, comme le faisait observer sir Hersch Lauterpacht en 1951, invoquer l'immunité

[79] Voir ci-dessus, les notes 48 et 49.
[80] CR 2001/8, par. 5; CR 2001/11, par. 3 et 11.
[81] CR 2001/10, p. 7.
[82] G. Fitzmaurice, «The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1957, vol. 92, p. 119:

> «Qui demande réparation en équité doit avoir les mains propres.» Ainsi, un Etat qui se rend coupable d'une conduite illicite peut être privé du nécessaire *locus standi in judicio* l'autorisant à se plaindre d'actes illicites correspondants d'autres Etats, en particulier si ces actes résultent des siens ou visent à répliquer aux siens — en d'autres termes s'ils ont été provoqués par lui-même.» *[Traduction du Greffe.]*

Voir aussi S. M. Schwebel, «Clean Hands in the Court», dans l'ouvrage de E. Brown Weiss *et al.* (dir. publ.), *The World Bank, International Financial Institutions and the Development of International Law*, 1999, p. 74-78, et l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, opinion dissidente de M. Schwebel, p. 382-384 et 392-394.

goes unpunished. And this is precisely what happened in the case of Mr. Yerodia. The Congo accused Belgium of exercising universal jurisdiction *in absentia* against an incumbent Foreign Minister, but it had itself omitted to exercise its jurisdiction *in presentia* in the case of Mr. Yerodia, thus infringing the Geneva Conventions and not complying with a host of United Nations resolutions to this effect[79].

The Congo was ill placed when accusing Belgium of exercising universal jurisdiction in the case of Mr. Yerodia. If the Congo had acted appropriately, by investigating charges of war crimes and crimes against humanity allegedly committed by Mr. Yerodia in the Congo, there would have been no need for Belgium to proceed with the case. Belgium repeatedly declared, and again emphasized in its opening and closing statements[80] before the Court, that it had tried to transfer the dossier to the Congo, in order to have the case investigated and prosecuted by the authorities of the Congo. Nowhere does the Congo mention that it has investigated the allegations of war crimes and crimes against humanity against Mr. Yerodia. Counsel for the Congo even perceived this Belgian initiative as an improper pressure on the Congo[81], as if it were adding insult to injury.

The Congo did not come to the Court with clean hands[82]. In blaming Belgium for investigating and prosecuting allegations of international crimes that it was obliged to investigate and prosecute itself, the Congo acts in bad faith. It pretends to be offended and morally injured by Belgium by suggesting that Belgium's exercise of "excessive universal jurisdiction" (Judgment, para. 42) was incompatible with its dignity. However, as Sir Hersch Lauterpacht observed in 1951, "the dignity of a foreign state may suffer more from an appeal to immunity than from a

[79] *Supra*, footnotes 48 and 49.
[80] CR 2001/8, para. 5; CR 2001/11, paras. 3 and 11.
[81] CR 2001/10, p. 7.
[82] G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1957, Vol. 92, p. 119 writes:

> "'He who comes to equity for relief must come with clean hands.' Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality — in short were provoked by it."

See also S. M. Schwebel, "Clean Hands in the Court", in E. Brown Weiss *et al.* (eds.), *The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law*, 1999, pp. 74-78, and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, dissenting opinion of Judge Schwebel, pp. 382-384 and 392-394.

d'une immunité de juridiction vis-à-vis des autres Etats. Certaines autorités semblent appuyer cette thèse[74], mais la plupart, y compris la Commission du droit international, ne font nullement référence à cette distinction, voire la rejettent.

31. Le troisième principe de Nuremberg (et ses codifications ultérieures) traite non pas de la question des immunités (procédurales ou substantielles), mais de *l'imputation* à des individus d'actes criminels. Les crimes internationaux ne sont, de fait, pas commis par des entités abstraites, mais par des individus qui, dans bien des cas, peuvent avoir agi au nom de l'Etat[75]. Sir Arthur Watts fait très justement observer que:

> «Les Etats sont des personnes morales artificielles: ils ne peuvent agir que par le biais de leurs institutions et organes, c'est-à-dire, en fin de compte, par le biais de leurs représentants et des individus agissant en leur nom. Il serait irréaliste et contraire aux principes élémentaires de la justice de n'attribuer qu'à l'Etat, entité impersonnelle, une conduite internationale si grave qu'elle soit entachée de «criminalité», et non aux individus qui ont ordonné ou adopté la conduite en question.»[76]

La question qui est au cœur du principe 3 est celle de la responsabilité individuelle en tant qu'elle s'oppose à la responsabilité étatique, et non celle du caractère procédural ou substantiel de la protection des représentants d'un gouvernement. Cela ne peut signifier qu'une chose: lorsque des crimes internationaux tels que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sont commis, l'immunité ne saurait faire obstacle à l'instruction desdits crimes ou aux poursuites de leur auteur. Peu importe que la procédure soit engagée à l'échelle nationale ou internationale.

32. L'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996[77] de la Commission du droit international, qui concerne les juridictions pénales nationales et internationales, confirme cette interprétation. Dans son commentaire, la Commission du droit international s'exprime ainsi:

> «L'absence de toute immunité de procédure permettant de se

[74] Voir par exemple le principe 5 de *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Le commentaire indique qu'«il existe toutefois une distinction extrêmement importante entre immunité «substantielle» et immunité «procédurale»», mais précise ensuite qu'«aucun de ces statuts [Nuremberg, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Tribunal pénal international pour le Rwanda] ne traite la question de l'immunité de procédure», p. 48-51 *[traduction du Greffe]* (voir ci-dessus la note 53).

[75] Voir *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, jugement*, vol. 22, p. 496: «Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international.»

[76] A. Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 82. *[Traduction du Greffe.]*

[77] Voir aussi ci-dessus, par. 17.

t this view[74], most authorities do not mention the distinction at all
en reject it.

Principle 3 of the Nuremberg principles (and the subsequent codi-
ns of this principle), in addition to addressing the issue of (pro-
or substantive) immunities, deals with the *attribution* of criminal
individuals. International crimes are indeed not committed by
t entities, but by individuals who, in many cases, may act on
of the State[75]. Sir Arthur Watts very pertinently writes:

"States are artificial legal persons: they can only act through the
stitutions and agencies of the State, which means, ultimately,
rough its officials and other individuals acting on behalf of the
ate. For international conduct which is so serious as to be tainted
th criminality to be regarded as attributable only to the imper-
nal State and not to the individuals who ordered or perpetrated it
both unrealistic and offensive to common notions of justice."[76]

he heart of Principle 3 is the debate about individual versus State
sibility, not the discussion about the procedural or substantive
of the protection for government officials. This can only mean
here international crimes such as war crimes and crimes against
ity are concerned, immunity cannot block investigations or
utions to such crimes, regardless of whether such proceedings
ought before national or before international courts.

Article 7 of the International Law Commission's 1996 Draft Code
nes against the Peace and Security of Mankind[77], which is intended
ly to both national and international criminal courts, only con-
his interpretation. In its Commentary to this Article, the Interna-
Law Commission states:

"The absence of any procedural immunity with respect to

---

for example, Principle 5 of *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*.
mmentary states that "There is an extremely important distinction, however,
'substantive' and 'procedural' immunity", but goes on by saying that "None of
tutes [Nuremberg, ICTY, ICTR] addresses the issue of procedural immunity",
l (*supra*, footnote 53).

the Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German
War Criminals, *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 22, p. 466, "Crimes against
onal law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing
als who commit such crimes can the provisions of international law be enforced."
Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of
nents and Foreign Ministers", *Recueil des cours de l'Académie de droit interna-
La Haye*, 1994, Vol. 247, p. 82.
also *supra*, para. 17.

arrêt ne saurait en aucun cas conduire à une telle conclusion et
actes ne pourront jamais être couverts par une quelconque in

37. Le *quatrième cas* d'exception au principe de l'immuni
par la Cour est celui où les ministres des affaires étrangères —
actuels — peuvent faire l'objet de poursuites pénales «devan
juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci so
tentes» (par. 61 de l'arrêt, «En quatrième lieu»).

La Cour surestime grandement la marge de manœuvre d'
tion pénale internationale dans les cas où l'Etat sur le territoire
crimes ont été commis, ou dont un ressortissant en est l'auteu
est peu enclin à poursuivre. Les tribunaux pénaux internation
n'auraient compétence pour connaître d'affaires impliquant d
des affaires étrangères en exercice accusés d'avoir commis de
guerre ou des crimes contre l'humanité que dans la mesure où
relèveraient spécifiquement de leur ressort, comme le cor
Yougoslavie ou le conflit au Rwanda.

La compétence de la Cour pénale internationale, établie par
Rome, est en outre subordonnée au principe de la compl
lorsque devront être jugées des affaires mettant en jeu des
guerre ou des crimes contre l'humanité, cette responsabilité
en premier lieu aux Etats. La Cour pénale internationale ne p
naître de ces affaires que lorsque les «Etats compétents» n
ou ne pourront véritablement mener à bien l'instruction e
suites (art. 17).

Mais même si l'Etat en cause fait preuve de bonne volon
pénale internationale, tout comme les tribunaux internationa
ne sera pas en mesure de juger *tous* les crimes relevant de sa c
Elle n'en aura pas la capacité, et il faudra toujours que des
truisent les affaires de graves crimes internationaux et qu'i
suivent les auteurs[87]. Par Etats, il convient d'entendre, mais
exclusif, les Etats nationaux et territoriaux. Il y aura touj
d'Etats tiers pour instruire et poursuivre, à plus forte raison l
se trouvera en présence d'un simulacre de procès *(sham trial*

La Cour pénale internationale ne pourra pas juger *tous* les c
nationaux. Elle ne sera compétente que pour connaître d'affa
comportements criminels intervenus *après* l'entrée en vigueur
Rome. En outre, la question de savoir si certains actes de
international ou certaines violations graves des droits de l'ho
trées dans des conflits armés nationaux relèveront de la compé
Cour n'a pas encore été tranchée. M. Tomuschat a fait trè
observer que ce serait commettre une «erreur fatale» que

[87] Voir par exemple le procès de quatre ressortissants rwandais par un trib
Bruxelles: Cour d'assises de l'arrondissement administratif de Bruxelles-cap
8 juin 2001, non publié.

[88] Voir aussi ci-après, par. 65.

Judgment can never lead to this conclusion and that such acts can never be covered by immunity.

37. The *fourth case* of "non-impunity" envisaged by the Court is that incumbent or former Foreign Ministers can be prosecuted before "certain international criminal courts, where they have jurisdiction" (Judgment, para. 61, "Fourthly").

The Court grossly overestimates the role an international criminal court can play in cases where the State on whose territory the crimes were committed or whose national is suspected of the crime are not willing to prosecute. The current *ad hoc* international criminal tribunals would only have jurisdiction over incumbent Foreign Ministers accused of war crimes and crimes against humanity in so far as the charges would emerge from a situation for which they are competent, i.e., the conflict in the former Yugoslavia and the conflict in Rwanda.

The jurisdiction of an International Criminal Court, set up by the Rome Statute, is moreover conditioned by the principle of complementarity: primary responsibility for adjudicating war crimes and crimes against humanity lies with the States. The International Criminal Court will only be able to act if States which have jurisdiction are unwilling or unable genuinely to carry out investigation or prosecution (Art. 17).

And even where such willingness exists, the International Criminal Court, like the *ad hoc* international tribunals, will not be able to deal with *all* crimes that come under its jurisdiction. The International Criminal Court will not have the capacity for that, and there will always be a need for States to investigate and prosecute core crimes[87]. These States include, but are not limited to, national and territorial States. Especially in the case of sham trials, there will still be a need for third States to investigate and prosecute[88].

Not *all* international crimes will be justiciable before the permanent International Criminal Court. It will only be competent to try cases arising from criminal behaviour occurring *after* the entry into force of the Rome Statute. In addition, there is uncertainty as to whether certain acts of international terrorism or certain gross human rights violations in non-international armed conflicts would come under the jurisdiction of the Court. Professor Tomuschat has rightly observed that it would be a "fatal mistake" to assert that, in the absence of an international criminal

[87] See for example the trial of four Rwandan citizens by a Criminal Court in Brussels: Cour d'assises de l'arrondissement administratif de Bruxelles-capitale, arrêt du 8 juin 2001, not published.

[88] See also *infra*, para. 65.

que, en l'absence d'une juridiction internationale compétente, les chefs d'Etat et ministres des affaires étrangères soupçonnés de certains crimes ne peuvent être traduits en justice que dans leurs propres pays et nulle part ailleurs[89].

38. J'en conclus que les arguments fournis par la Cour internationale de Justice pour étayer sa thèse selon laquelle l'immunité n'est pas nécessairement, de fait, synonyme d'impunité ne sont nullement convaincants.

3. Conclusion

39. Ma conclusion générale sur la question de l'immunité[90] est la suivante: si un ministre des affaires étrangères en exercice bénéficie bien d'immunités, celles-ci ne trouvent pas leur origine dans le droit international coutumier mais relèvent tout au plus de la courtoisie internationale. Ces immunités ne sont certainement pas «totales» ou absolues et ne sauraient s'appliquer en cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité.

III. La compétence universelle

40. Initialement, lorsque le Congo a déposé, en 2000, sa demande en indication de mesure conservatoire, le différend portait sur deux points: *a)* celui de la *compétence universelle* en matière de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité; et *b)* celui des *immunités* accordées aux ministres des affaires étrangères en exercice accusés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (voir par. 1 et 42 de l'arrêt). Au cours de la procédure sur le fond, en 2001, le Congo a restreint le différend à la seule seconde question (voir par. 10-12 de l'arrêt), sans objection de la Belgique, qui a même prié la Cour de ne pas statuer *ultra petita* (par. 41 de l'arrêt). En conséquence, la Cour ne pouvait se prononcer sur la question de la compétence universelle en général.

41. Pour des raisons qui leur sont propres, les Parties ont ainsi invité la Cour internationale de Justice à simplifier sa décision et à statuer sur la question de l'immunité de juridiction seulement. La Cour, tout en reconnaissant que, d'un point de vue logique, elle ne saurait traiter de la seconde question qu'après s'être prononcée sur la première, a néanmoins décidé de n'examiner que celle-là. Elle le fait en supposant, pour les besoins de son raisonnement, que la Belgique était compétente, au plan du droit international, pour émettre et diffuser le mandat d'arrêt (par. 45 de l'arrêt *in fine*).

---

[89] Intervention de M. C. Tomuschat, lors de la réunion de l'Institut de droit international, à Vancouver, en août 2001, qui formule des observations sur le projet de résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'Etat et de gouvernement en droit international, et donne l'exemple du dictateur iraquien Saddam Hussein: rapport de la 13e commission de l'Institut de droit international, Vancouver, 2001, p. 94; voir également ci-dessus la note 19 et le texte correspondant.

[90] Sur la question de l'inviolabilité, voir ci-après par. 75.

court having jurisdiction. Heads of State and Foreign Ministers suspected of such crimes would only be justiciable in their own States, and nowhere else[89].

38. My conclusion on this point is the following: the Court's arguments in support of its proposition that immunity does not, in fact, amount to impunity, are very unconvincing.

3. Conclusion

39. My general conclusion on the question of immunity[90] is as follows: the immunity of an incumbent Minister for Foreign Affairs, if any, is not based on customary international law but at most on international comity. It certainly is not "full" or absolute and does not apply to war crimes and crimes against humanity.

III. Universal Jurisdiction

40. Initially, when the Congo introduced its request for the indication of a provisional measure in 2000, the dispute addressed two questions: *(a) universal jurisdiction* for war crimes and crimes against humanity; and *(b) immunities* for incumbent Foreign Ministers charged with such crimes (see Judgment, paras. 1 and 42). In the proceedings on the merits in 2001, the Congo reduced its case to the second point only (see Judgment, paras. 10-12), with no objection from Belgium, which even asked the Court not to judge *ultra petita* (Judgment, para. 41). The Court could, for that reason, not have made a ruling on the question of universal jurisdiction in general.

41. For their own reasons, the Parties thus invited the International Court of Justice to short-cut its decision and to address the question of the immunity from jurisdiction only. The Court, conceding that, as a matter of logic, the second ground should be addressed only once there has been a determination in respect of the first, nevertheless decided to address the second question only. It addressed this question assuming, for the purposes of its reasoning, that Belgium had jurisdiction under international law to issue and circulate the arrest warrant (Judgment, para. 46 *in fine*).

---

[89] C. Tomuschat, Intervention at the Institut de droit international's meeting in Vancouver, August 2001, commenting on the draft resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, and giving the example of Iraqi dictator Saddam Hussein: Report of the 13th Commission of the Institut de droit international, Vancouver, 2001, p. 94; see further *supra*, footnote 19 and corresponding text.

[90] On the subject of inviolability, see *infra*, para. 75.

42. Même si les Parties n'ont pas demandé un arrêt sur l'ensemble des points soulevés par l'affaire, elles n'en ont pas moins développé des arguments détaillés sur la question de la compétence (universelle). La Cour internationale de Justice, quoiqu'elle n'ait pas été priée de statuer sur ce point dans son dispositif, aurait toutefois pu et dû l'aborder dans sa motivation. Elle se contente de faire observer que «la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et [que] l'absence d'immunité n'implique pas la compétence» (par. 59 de l'arrêt, première phrase), et poursuit en observant que, si les conventions qui imposent aux Etats des obligations de poursuite ou d'extradition «leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères» (par. 59 de l'arrêt, deuxième phrase).

En adoptant cette perspective très restrictive, la Cour ne prend encore une fois pas la peine d'examiner les instruments donnant effet au principe de l'obligation internationale de rendre compte de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Pourtant, la plupart des arguments invoqués en l'espèce par les deux Parties reposaient sur ces instruments. En éludant totalement la question de la compétence (universelle), la Cour ne s'est pas prononcée sur ces arguments et a laissé ces questions sans réponse. Je souhaite les examiner ici brièvement.

43. Le Congo a accusé la Belgique d'avoir «[exercé] une compétence universelle *excessive*» dans la mesure où, outre le fait qu'elle enfreint les règles établies en matière d'immunités internationales, la législation belge sur la compétence universelle peut être appliquée indépendamment de la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire national (par. 42 de l'arrêt; les italiques sont de moi). Cette faculté est prévue par l'article 7 de la loi belge relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire (ci-après dénommée loi belge de 1993/1999)[91]. Le

[91] Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, *Moniteur belge*, 5 août 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, *Moniteur belge*, 23 mars 1999; une traduction anglaise a été publiée dans *ILM*, 1999, p. 921-925. Voir d'une manière générale: A. Andries, C. Van den Wyngaert, E. David et J. Verhaegen, «Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire», *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 1114-1184; E. David, «La loi belge sur les crimes de droit international humanitaire», *RBDI*, 1995, vol. 28, p. 668-684; P. d'Argent, «La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire», *Journal des tribunaux*, 1999, vol. 118, p. 549-555; L. Reydams, «Universal Jurisdiction over Atrocities in Rwanda: Theory and Practice», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, p. 18-47; D. Vandermeersch, «La répression en droit belge des crimes de droit international», *RIDP*, 1997, vol. 68, p. 1093-1135; D. Vandermeersch, «Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge», dans H. D. Bosly *et al.*, *Actualité du droit international humanitaire*, 2001, p. 123-180; J. Verhoeven, «Vers un ordre répressif universel? Quelques observations», *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 55-71.

42. While the Parties did not request a general ruling, they nevertheless developed extensive arguments on the subject of (universal) jurisdiction. The International Court of Justice, though it was not asked to rule on this point in its *dispositif*, could and should nevertheless have addressed this question as part of its reasoning. It confines itself to observing "jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction" (Judgment, para. 59, first sentence). It goes on by observing that various international conventions impose an obligation on States either to extradite or to prosecute, "requiring them to extend their criminal jurisdiction", but immediately adds that "such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs" (Judgment, para. 59, second sentence).

Adopting this narrow perspective, the Court does, again, not need to look at instruments giving effect to the principle of international accountability for war crimes and crimes against humanity. Yet most of the arguments of either Party to this dispute were based on these instruments. By not touching the subject of (universal) jurisdiction at all, the Court did not reply to these arguments and leaves the questions unanswered. I wish to briefly address them here.

43. The Congo accused Belgium of the "exercise of an *excessive* universal jurisdiction" (Judgment, para. 42; emphasis added) because, apart from infringing the rules on international immunities, Belgium's legislation on universal jurisdiction can be applied regardless of the presence of the offender on Belgian territory. This flows from Article 7 of the Belgian Act concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law (hereinafter 1993/1999 Act)[91]. The Congo found that this was excessive because Belgium in fact exercised its jurisdiction *in*

[91] Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *Moniteur belge*, 5 August 1993, as amended by Loi du 10 février 1999, *Moniteur belge*, 23 March 1999; an English translation has been published in *ILM*, 1999, pp. 921-925. See generally: A. Andries, C. Van den Wyngaert, E. David, and J. Verhaegen, "Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves du droit international humanitaire", *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 1114-1184; E. David, "La loi belge sur les crimes de guerre", 28 *RBDI*, 1995, pp. 668-684; P. d'Argent, "La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire", 118 *Journal des tribunaux*, 1999, pp. 549-555; L. Reydams, "Universal Jurisdiction over Atrocities in Rwanda: Theory and Practice", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, pp. 18-47; D. Vandermeersch, "La répression en droit belge des crimes de droit international", 68 *RIDP*, 1997, pp. 1093-1135; D. Vandermeersch, "Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge", in D. H. Bosly *et al.*, *Actualité du droit international humanitaire*, 2001, pp. 123-180; J. Verhoeven, "Vers un ordre répressif universel? Quelques observations", *Annuaire français de droit international*, 1999, pp. 55-71.

eussent figuré parmi les victimes *des violences* résultant des discours de haine que M. Yerodia était soupçonné d'avoir tenus (par. 15 de l'arrêt)[97].

45. La compétence universelle a donné lieu à une littérature abondante dans la doctrine juridique. Les points de vue les plus variés ont été exprimés quant à la signification de cette notion[98] et à son statut juridique en droit international[99]. Nous n'entendons pas les examiner dans la présente opinion. Ce qui importe, en l'espèce, est de savoir de quelle manière la Belgique a codifié la compétence universelle dans sa législation nationale et si elle est compatible ou non avec le droit international.

L'article 7 de la loi belge de 1993/1999, qui est au cœur du litige, dispose ce qui suit: «Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises.»[100]

46. Malgré le flou qui entoure la définition de la notion de compétence universelle, une chose est sûre: la *ratio legis* de la compétence universelle repose sur la réprobation internationale de certains crimes particulièrement graves tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Elle a pour raison d'être d'éviter l'impunité et d'empêcher les auteurs de

---

[97] La notion de *victime* s'étend au-delà de la victime *directe* du crime, et concerne également les victimes indirectes (par exemple, les ascendants ou descendants de la victime dans le cas de l'assassinat). De surcroît, quand il s'agit de crimes du type de ceux dont M. Yerodia était soupçonné (incitation à commettre des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité), la mort ou le dommage corporel subi par la victime n'est pas un élément constitutif de l'infraction. Les victimes ne sont pas seulement celles qui ont été effectivement tuées ou blessées à la suite des discours de haine allégués, mais aussi toutes les personnes à l'encontre desquelles les incitations étaient dirigées, y compris les victimes de nationalité belge qui se sont constituées parties civiles devant le juge d'instruction belge. En mettant, au paragraphe 15 de l'arrêt, l'accent sur les victimes *des violences*, la Cour semble adopter une définition très restrictive de la notion de victime.

[98] Pour une analyse circonstanciée et récente des diverses positions, dans une perspective tant diachronique que synchronique, voir M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, 2000. Parmi d'autres publications récentes: M. C. Bassiouni, «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 1-100; L. Benavides, «The Universal Jurisdiction Principle», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, vol. 1, p. 20-96; J. I. Charney, «International Criminal Law and the Role of Domestic Courts», *AJIL*, 2001, vol. 25, p. 120-124; G. de La Pradelle, «La compétence universelle», dans H. Ascensio *et al.* (dir. publ.), *Droit international pénal*, 2000, p. 905-918; A. Hays Butler, «Universal Jurisdiction: A Review of the Literature», *Criminal Law Forum*, 2000, p. 353-373; R. van Elst, «Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions», *LJIL*, 2000, p. 815-854. Voir également les actes du colloque sur la compétence universelle: mythes, réalités et perspectives, *New England Law Review*, 2001, vol. 35, n° 2.

[99] Ainsi, certains auteurs sont-ils d'avis que, s'agissant des crimes de droit international, il existe une théorie indépendante de la compétence universelle. Voir par exemple M. C. Bassiouni, «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 28.

[100] Voir la note 91 pour des références complémentaires.

from the hate speeches of which Mr. Yerodia was suspected (Judgment, para. 15)[97].

45. Much has been written in legal doctrine about universal jurisdiction. Many views exist as to its legal meaning[98] and its legal status under international law[99]. This is not the place to discuss them. What matters for the present dispute is the way in which Belgium has codified universal jurisdiction in its domestic legislation and whether it is, as applied in the case of Mr. Yerodia, compatible with international law.

Article 7 of the 1993/1999 Belgian Act, which is at the centre of the dispute, states the following: "The Belgian courts shall be competent to deal with breaches provided for in the present Act, irrespective of where such breaches have been committed . . ."[100]

46. Despite uncertainties that may exist concerning the definition of universal jurisdiction, one thing is very clear: the *ratio legis* of universal jurisdiction is based on the international reprobation for certain very serious crimes such as war crimes and crimes against humanity. Its raison d'être is to avoid impunity, to prevent suspects of such crimes finding a

[97] The notion "victim" is wider than the *direct* victim of the crime only, and also includes indirect victims (e.g. the relatives of the assassinated person in the case of murder). Moreover, for crimes such as those with which Mr. Yerodia has been charged (incitement to war crimes and crimes against humanity), death or injury of the (direct) victim is not a constituent element of the crime. Not only those who were effectively killed or injured after the alleged hate speeches are victims, but all persons against whom the incitements were directed, including the victims of Belgian nationality who brought the case before the Belgian investigating judge by lodging a *constitution de partie civile* action. By focusing on the victims of the *violence* in paragraph 15 of the Judgment, the International Court of Justice seems to adopt a very narrow definition of the notion of victim.

[98] For a very thorough recent analysis of the various positions, diachronically and synchronically, see M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, 2000. Other recent publications are M. C. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law*, 2001, Vol. 42, pp. 1-100; L. Benavides, "The Universal Jurisdiction Principle", 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, pp. 20-96; J. I. Charney, "International Criminal Law and the Role of Domestic Courts", 25 *AJIL*, 2001, pp. 120-124; G. de La Pradelle, "La compétence universelle", in H. Ascensio *et al.* (eds.), *Droit international pénal*, 2000, pp. 905-918; A. Hays Butler, "Universal Jurisdiction: A Review of the Literature", *Criminal Law Forum*, 2000, pp. 353-373; R. van Elst, "Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions", *LJIL*, 2000, pp. 815-854. See also the proceedings of the symposium on Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects, 35 *New England Law Review*, 2001, No. 2.

[99] For example, some writers hold the view that an independent theory of universal jurisdiction exists with respect to *jus cogens* international crimes. See, for example, M. C. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law*, 2001, Vol. 42, p. 28.

[100] See footnote 91 for further references.

> défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.»[104]

Il convient d'établir une distinction entre *compétence normative* et *compétence d'exécution*. Le *dictum* cité ci-dessus a trait à la *compétence normative*: il s'agit de savoir ce qu'un Etat est autorisé à faire *sur son propre territoire*, lorsqu'il instruit des crimes commis à l'étranger et engage des poursuites, non ce qu'il peut faire *sur le territoire d'autres Etats* lorsqu'il poursuit les auteurs de tels crimes. De toute évidence, un Etat n'a pas, à l'égard de tels crimes, de *compétence d'exécution* hors de son territoire: il ne peut donc, sauf à obtenir une permission à cet effet, exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre Etat. Il s'agit de «la limitation primordiale qu'impose le droit international [aux Etats]»[105]. En d'autres termes, la règle permissive ne s'applique qu'à la compétence normative, non à la compétence d'exécution: en l'absence d'interdiction, un Etat A *peut* engager des poursuites pour des crimes commis dans un Etat B *(règle permissive)*, mais, en l'absence d'autorisation, un Etat A *ne peut pas* intervenir sur le territoire dudit Etat B.

50. Le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 entre-t-il dans le cadre du premier type de compétence, du second ou des deux? En d'autres termes, en exerçant sa compétence par l'émission et la diffusion d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'un étranger pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis à l'étranger, la Belgique a-t-elle exercé sa compétence normative, sa compétence d'exécution, ou les deux?

Dans la mesure où le mandat n'a pas été exécuté, le différend porte surtout sur la compétence normative. Toutefois, l'intitulé du mandat (mandat d'arrêt *«international»*) soulève également des questions relatives à la compétence d'exécution.

Je suis d'avis que la Belgique, en décernant et en diffusant le mandat d'arrêt, n'a violé ni les règles en matière de compétence normative, ni celles en matière de compétence d'exécution. J'exposerai mon point de vue sur la compétence d'exécution dans les arguments que je développe à la partie IV de mon opinion dissidente, où j'examinerai la question de savoir s'il y a eu ou non un fait internationalement illicite en l'espèce[106]. J'étudierai la disposition qui se trouve au cœur du litige, à savoir l'article 7 de la loi belge de 1993/1999, à l'aune du «critère du *Lotus*» relatif à la compétence *normative*.

---

[104] *C.P.J.I.*, affaire du *Lotus*, 7 septembre 1927, *C.P.J.I. Recueil série A n° 10*, p. 19.
[105] *Ibid.*, p. 18.
[106] Voir ci-après, par. 68 et suiv.

> Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable."[104]

A distinction must be made between *prescriptive jurisdiction* and *enforcement jurisdiction*. The above-mentioned *dictum* concerns *prescriptive jurisdiction*: it is about what a State may do *on its own territory* when investigating and prosecuting crimes committed abroad, not about what a State may do *on the territory of other States* when prosecuting such crimes. Obviously, a State has no *enforcement jurisdiction* outside its territory: a State may, failing permission to the contrary, not exercise its power on the territory of another State. This is "the first and foremost restriction imposed by international law upon a State"[105]. In other words, the permissive rule only applies to prescriptive jurisdiction, not to enforcement jurisdiction: failing a prohibition, State A *may*, on its own territory, prosecute offences committed in State B *(permissive rule)*; failing a permission, State A *may not* act on the territory of State B.

50. Does the arrest warrant of 11 April 2000 come under the first species of jurisdiction, under the second, or under both? In other words: has Belgium, by asserting jurisdiction in the form of the issuing and circulation of an arrest warrant on charges of war crimes and crimes against humanity against a foreign national for crimes committed abroad, engaged in prescriptive jurisdiction, in enforcement jurisdiction, or in both?

Given the fact that the warrant has never been enforced, the dispute is in the first place about prescriptive jurisdiction. However, the title of the warrant ("*international* arrest warrant") gave rise to questions about enforcement jurisdiction also.

I believe that Belgium, by issuing and circulating the warrant, violated neither the rules on prescriptive jurisdiction nor the rules on enforcement jurisdiction. My views on enforcement jurisdiction will be part of my reasoning in Section IV, where I will consider whether there was an internationally wrongful act in the present case[106]. In the present Section, I will deal with prescriptive jurisdiction. I will measure the statutory provision that is at the centre of the dispute, Article 7 of the 1993/1999 Belgian Act, against the yardstick of the *"Lotus"* test on *prescriptive* jurisdiction.

---

[104] *"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 19.
[105] *Ibid.*, p. 18.
[106] See *infra*, paras. 68 *et seq.*

Congo a vu là un excès dans la mesure où la Belgique, en émettant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 en l'absence de M. Yerodia, avait en fait exercé cette compétence par défaut.

La Belgique a répondu à cette accusation en affirmant qu'elle était fondée à exercer sa compétence en l'espèce dans la mesure où le droit international n'interdit pas aux Etats d'exercer une compétence extraterritoriale pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité; au contraire, elle les y encourage.

44. Il n'existe pas de définition communément admise de la compétence universelle dans le droit international conventionnel ou coutumier. Les Etats qui ont intégré ce principe dans leur législation nationale l'ont fait de manière très différente les uns des autres[92]. Il existe maints exemples de cas où des Etats exercent une compétence extraterritoriale pour des crimes tels que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité et la torture, mais leur intervention repose sur d'autres bases juridictionnelles, telles que la nationalité de la victime. Un exemple éminent est l'affaire *Eichmann*, où la Cour a fondé sa compétence non sur la compétence universelle mais sur la personnalité passive[93]. Dans l'affaire *Pinochet* en Espagne, un point de rattachement important était la nationalité espagnole de certaines victimes[94]. De même, dans le cas de M. Yerodia, certaines victimes étaient de nationalité belge[95], bien qu'il ne semble pas que des ressortissants belges[96]

---

[92] Pour une étude de l'application, dans différents pays, du principe de la compétence universelle pour les crimes internationaux, voir notamment Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, septembre 2001, AI Index IOR 53/2001; International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, annexe, 2000; Redress, *Universal Jurisdiction in Europe. Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against Humanity, Torture and Genocide*, 30 juin 1999; http://www.redress.org/inpract.html; voir aussi «Crimes internationaux et juridictions nationales», Presses universitaires de France (sous presse).

[93] *Attorney-General of the Government of Israel* v. *Eichmann*, *ILR*, 1961, vol. 36, p. 5. Voir aussi *US* v. *Yunis* (n° 2), District Court, DC, 12 février 1988, *ILR*, 1990, vol. 82, p. 343; Court of Appeals, DC, 29 janvier 1991, *ILM*, 1991, vol. 3, p. 403.

[94] *Audiencia Nacional, Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, 5 novembre 1998, http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html. Voir aussi M. Márquez Carrasco et J. A. Fernandez, «Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session). Case 19/97, 4 Nov. 1998, Case 1/98, 5 Nov. 1998», *AJIL*, 1999, p. 690-696.

[95] CR 2001/8, p. 16.

[96] Une certaine confusion est apparue à propos de la différence entre la notion de «victime» et celle de «partie civile». Le droit belge ne connaît pas d'*actio popularis*; la constitution de partie civile est seulement ouverte aux victimes de l'infraction pénale et à leurs ayants droit. Voir C. Van den Wyngaert, «Belgium», dans C. Van den Wyngaert *et al.* (dir. publ.), *Criminal Procedure Systems in the Member States of the European Community*, 1993.

absentia by issuing the arrest warrant of 11 September 2000 in the absence of Mr. Yerodia.

To this accusation, Belgium answered it was entitled to assert jurisdiction in the present case because international law does not prohibit and even permits States to exercise extraterritorial jurisdiction for war crimes and crimes against humanity.

44. There is no generally accepted definition of universal jurisdiction in conventional or customary international law. States that have incorporated the principle in their domestic legislation have done so in very different ways[92]. Although there are many examples of States exercising extraterritorial jurisdiction for international crimes such as war crimes and crimes against humanity and torture, it may often be on other jurisdictional grounds such as the nationality of the victim. A prominent example was the *Eichmann* case which was in fact based not on universal jurisdiction but on passive personality[93]. In the Spanish *Pinochet* case, an important connecting factor was the Spanish nationality of some of the victims[94]. Likewise, in the case against Mr. Yerodia, some of the complainants were of Belgian nationality[95], even if there were, apparently, no Belgian nationals that were victims[96] of the *violence* that allegedly resulted

[92] For a survey of the implementation of the principle of universal jurisdiction for international crimes in different countries, see, *inter alia*: Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, September 2001, AI Index IOR 53/2001; International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, Ann., 2000; Redress, *Universal Jurisdiction in Europe. Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against Humanity, Torture and Genocide*, 30 June 1999: http://www.redress.org/inpract.html; see also "Crimes internationaux et juridictions nationales" to be published by the Presses universitaires de France (in print).

[93] *Attorney-General of the Government of Israel* v. *Eichmann*, 36 *ILR*, 1961 p. 5. See also *US* v. *Yunis* (No. 2), District Court, DC, 12 February 1988, 82 *ILR*, 1990, p. 343; Court of Appeals, DC, 29 January 1991, *ILM*, 1991, Vol. 3, p. 403.

[94] *Audiencia Nacional, Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crimenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, 5 November 1998, http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html. See also M. Márquez Carrasco and J. A. Fernandez, "Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session). Case 19/97, 4 Nov. 1998, Case 1/98, 5 Nov. 1998", *AJIL*, 1999, pp. 690-696.

[95] CR 2001/8, p. 16.

[96] Some confusion arose over the difference between the notion of "victim" and the notion of "complainant" *(partie civile)*. Belgian law does not provide an *actio popularis*, but only allows victims and their relatives to trigger criminal investigations through the procedure of a formal complaint *(constitution de partie civile)*. On the Belgian system, see C. Van den Wyngaert, "Belgium", in C. Van den Wyngaert *et al.* (eds.), *Criminal Procedure Systems in the Member States of the European Community*, 1993.

tels crimes de trouver refuge dans des pays tiers. C'est ce qu'ont souligné des sociétés savantes qui ont pris part au débat, et notamment les rédacteurs des «principes de Princeton»[101], des «principes du Caire»[102], ou du «rapport Kamminga» de l'International Law Association[103].

47. Peut-être n'appartenait-il pas à la Cour internationale de Justice de définir de manière abstraite la compétence universelle. Elle aurait dû toutefois examiner la question suivante: la Belgique était-elle autorisée, aux termes du droit international, à exercer en l'espèce une compétence *extraterritoriale* à l'encontre de M. Yerodia (abstraction faite de la question de l'immunité)? La Cour n'a absolument pas répondu à cette question.

1. La compétence universelle pour les crimes de guerre et crimes contre l'humanité est compatible avec le critère du Lotus

48. L'affaire du *Lotus* de 1927 constitue la référence en matière de compétence extraterritoriale. Dans cette affaire, la Cour permanente de Justice internationale avait été invitée à statuer sur un différend opposant la France et la Turquie, né d'une procédure pénale engagée par la Turquie à l'encontre d'un ressortissant français. Ce dernier, capitaine d'un navire français, était accusé d'homicide involontaire ayant entraîné la mort de citoyens turcs, suite à une collision en haute mer entre son navire et un navire turc. Comme en la présente espèce, la question était de savoir si l'Etat défendeur, la Turquie, était habilité à engager des poursuites pénales à l'encontre d'un étranger au titre de crimes commis en dehors de son territoire. La France fit valoir que la Turquie n'était pas habilitée à poursuivre des ressortissants français devant ses tribunaux nationaux, au motif que le droit international n'autorisait pas les Etats à exercer une compétence extraterritoriale, mais au contraire l'interdisait. Selon la Turquie, le droit international l'autorisait à exercer une telle compétence.

49. La Cour permanente de Justice internationale a jugé qu'il n'existait aucune règle de droit international conventionnel ou coutumier interdisant à la Turquie d'exercer sa compétence pour des faits commis en dehors de son territoire national. Elle commença par dire que, en principe, la compétence est territoriale et qu'un Etat ne peut l'exercer en dehors de son territoire, sauf en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Elle poursuivit toutefois en limitant la portée de cette affirmation dans un célèbre *dictum*, bien connu des étudiants en droit international:

> «Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international... Loin de

[101] Voir ci-dessus la note 53.
[102] Voir ci-dessus la note 54.
[103] Voir ci-dessus la note 51.

safe haven in third countries. Scholarly organizations that participated in the debate have emphasized this, for example in the Princeton principles[101], the Cairo principles[102] and the Kamminga report on behalf of the International Law Association[103].

47. It may not have been the International Court of Justice's task to define universal jurisdiction in abstract terms. What it should, however, have considered is the following question: was Belgium under international law entitled to assert *extraterritorial* jurisdiction against Mr. Yerodia (apart from the question of immunity) in the present case? The Court did not consider this question at all.

1. Universal Jurisdiction for War Crimes and Crimes against Humanity Is Compatible with the "Lotus" *Test*

48. The leading case on the question of extraterritorial jurisdiction is the 1927 *"Lotus"* case. In that case, the Permanent Court of International Justice was asked to decide a dispute between France and Turkey, which arose from a criminal proceeding in Turkey against a French national. This person, the captain of a French ship, was accused of involuntary manslaughter causing Turkish casualties after a collision between his ship and a Turkish ship on the high seas. Like in the present dispute, the question was whether the respondent State, Turkey, was entitled to conduct criminal proceedings against a foreign national for crimes committed outside Turkey. France argued that Turkey was not entitled to prosecute the French national before its domestic courts because there was no permission, and indeed a prohibition, under customary international law for a State to assume extraterritorial jurisdiction. Turkey argued that it was entitled to exercise jurisdiction under international law.

49. The Permanent Court of International Justice decided that there was no rule of conventional or customary international law prohibiting Turkey from asserting jurisdiction over facts committed outside Turkey. It started by saying that, as a matter of principle, jurisdiction is territorial and that a State cannot exercise jurisdiction outside its territory without a permission derived from international custom or from a convention. It however immediately added a qualification to this principle in a famous *dictum* that students of international law know very well:

> "It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law . . .

[101] *Supra*, footnote 53.
[102] *Supra*, footnote 54.
[103] *Supra*, footnote 51.

51. Il découle de l'arrêt rendu en l'affaire du *Lotus* qu'un Etat est en droit d'exercer sur son territoire une compétence extraterritoriale à moins que le droit international ne le lui interdise. Or, j'estime que *rien*, en droit international, *n'interdit* d'édicter des lois permettant d'enquêter et d'engager des poursuites en cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité commis à l'étranger.

Non sans raison, la thèse a souvent été avancée selon laquelle le critère du *Lotus* serait trop libéral et que, compte tenu de la complexité croissante des relations internationales contemporaines, il conviendrait désormais d'adopter une approche plus restrictive[107]. Dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, deux groupes d'Etats s'opposaient, avançant chacun une interprétation différente du critère du *Lotus* sur ce point[108], et, dans sa déclaration, le président Bedjaoui fit part de ses doutes à cet égard[109]. La législation belge résiste même au plus restrictif de ces points de vue. Les preuves ne manquent pas pour étayer la thèse selon laquelle le droit *permet* aux Etats d'exercer une compétence extraterritoriale pour ce type de crimes.

Dans les paragraphes qui suivent, j'apporterai des éléments à l'appui des deux thèses. Selon moi, le droit international *a) n'interdit pas* l'exercice d'une compétence universelle pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, *b)* l'autorise formellement.

a) Le droit international n'interdit pas aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité

52. Le Congo affirme que la notion même de compétence universelle suppose la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire de l'Etat qui engage une action à son encontre. Selon lui, l'exercice de la compétence universelle *in absentia* est contraire au droit international. Cette thèse doit être examinée à la lumière du droit international conventionnel et coutumier, ainsi que de la doctrine.

53. En guise de remarque préliminaire, j'aimerais souligner un point d'ordre linguistique. L'expression «compétence universelle» ne veut pas nécessairement dire que le suspect doive être présent sur le territoire

[107] Voir American Law Institute, *Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States*, 1987, p. 235-236; I. Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, 1994, p. 319; F. A. Mann, «The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1964, vol. 111, p. 35; R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, 1994, p. 77; voir également Conseil de l'Europe, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, 1990, p. 20 et suiv.

[108] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, p. 238-239, par. 21.

[109] *C.I.J. Recueil 1996*, p. 270, par. 12.

51. It follows from the *"Lotus"* case that a State has the right to provide extraterritorial jurisdiction on its territory unless there is a prohibition under international law. I believe that there is *no prohibition* under international law to enact legislation allowing it to investigate and prosecute war crimes and crimes against humanity committed abroad.

It has often been argued, not without reason, that the *"Lotus"* test is too liberal and that, given the growing complexity of contemporary international intercourse, a more restrictive approach should be adopted today[107]. In the *Nuclear Weapons* case, there were two groups of States each giving a different interpretation of *"Lotus"* on this point[108] and President Bedjaoui, in his declaration, expressed hesitations about *"Lotus"*[109]. Even under the more restrictive view, Belgian legislation stands. There is ample evidence in support of the proposition that international law clearly *permits* States to provide extraterritorial jurisdiction for such crimes.

I will give reasons for both propositions in the next paragraphs. I believe that *(a)* international law does *not prohibit* universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity, *(b)* clearly permits it.

(a) *International law does not prohibit universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity*

52. The Congo argued that the very concept of universal jurisdiction presupposes the presence of the defendant on the territory of the prosecuting State. Universal jurisdiction *in absentia*, it submitted, was contrary to international law. This proposition needs to be assessed in the light of conventional and customary international law and of legal doctrine.

53. As a preliminary observation, I wish to make a linguistic comment. The term "universal jurisdiction" does not necessarily mean that the suspect should be present on the territory of the prosecuting State.

[107] Cf. American Law Institute, *Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States*, 1987, pp. 235-236; I. Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, 1994, p. 319; F. A. Mann, "The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1964, Vol. 111, p. 35; R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, 1994, p. 77. See also Council of Europe, *Extraterritorial Jurisdiction in Criminal Matters*, 1990, pp. 20 *et seq.*

[108] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pp. 238-239, para. 21.

[109] *I.C.J. Reports 1996*, p. 270, para. 12.

de l'Etat engageant les poursuites. Même si ce critère de présence est implicite, ce qui est le cas chez certains auteurs, cela ne signifie pas obligatoirement qu'elle constitue une prescription légale. L'expression est peut-être ambiguë, mais c'est précisément pour cette raison qu'il faut se garder de toute conclusion hâtive. Les maximes latines parfois employées, et qui semblent postuler la présence de l'auteur de l'infraction *(judex deprehensionis — ubi te invenero ibi te judicabo)*, n'ont aucune valeur juridique et ne coïncident pas avec le concept de compétence universelle.

54. Aucune règle de *droit international conventionnel* ne vise à interdire l'exercice d'une compétence universelle *in absentia*. S'agissant de la compétence universelle à l'égard des crimes de guerre, la principale base juridique est constituée par l'article 146 de la quatrième convention de Genève de 1949[110], qui énonce le principe *aut dedere aut judicare*[111]. Une interprétation textuelle de cet article ne présuppose pas logiquement la présence du contrevenant, comme tente de le démontrer le Congo. Son raisonnement à cet égard est certes intéressant d'un point de vue doctrinal, mais ne constitue pas une conséquence logique du texte. En matière de crimes de guerre, les conventions de Genève de 1949, qui ont été ratifiées quasi universellement et pourraient, compte tenu de cette très large acceptation, avoir une portée plus large que celle de simples obligations conventionnelles, n'exigent pas la présence de la personne soupçonnée. Voir dans l'article 146 de la quatrième convention de Genève une restriction au droit d'un Etat d'exercer la compétence universelle serait totalement contraire à une *interprétation téléologique* des conventions de Genève. Ces instruments n'avaient, à l'évidence, pas pour objet de limiter la compétence des Etats à l'égard des crimes de droit international.

55. Le *droit international coutumier* ne la limite pas davantage. Le Congo soutient qu'il existe une pratique des Etats, révélatrice d'une *opinio juris* selon laquelle l'exercice de la compétence universelle suppose nécessairement la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire de l'Etat qui engage une action à son encontre. Nombre de systèmes nationaux qui donnent effet à l'obligation *aut dedere aut judicare* et/ou au sta-

[110] Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, p. 287. Voir aussi art. 49 de la convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, p. 31 ; art. 50 de la convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, p. 85 ; art. 129 de la convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, p. 135 ; art. 85 (1) du protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I), Genève, 8 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1125, p. 3.

[111] Voir ci-après, par. 62

Assuming the presence of the accused, as some authors do, does not necessarily mean that it is a legal requirement. The term may be ambiguous, but precisely for that reason one should refrain from jumping to conclusions. The Latin maxims that are sometimes used, and that seem to suggest that the offender must be present *(judex deprehensionis — ubi te invenero ibi te judicabo)* have no legal value and do not necessarily coincide with universal jurisdiction.

54. There is no rule of *conventional international law* to the effect that universal jurisdiction *in absentia* is prohibited. The most important legal basis, in the case of universal jurisdiction for war crimes is Article 146 of the IV Geneva Convention of 1949[110], which lays down the principle *aut dedere aut judicare*[111]. A textual interpretation of this Article does not logically presuppose the presence of the offender, as the Congo tries to show. The Congo's reasoning in this respect is interesting from a doctrinal point of view, but does not logically follow from the text. For war crimes, the 1949 Geneva Conventions, which are almost universally ratified and could be considered to encompass more than mere treaty obligations due to this very wide acceptance, do not require the presence of the suspect. Reading into Article 146 of the IV Geneva Convention a limitation on a State's right to exercise universal jurisdiction would fly in the face of a *teleological interpretation* of the Geneva Conventions. The purpose of these Conventions, obviously, is not to restrict the jurisdiction of States for crimes under international law.

55. There is no *customary international law* to this effect either. The Congo submits there is a State practice, evidencing an *opinio juris* asserting that universal jurisdiction, *per se*, requires the presence of the offender on the territory of the prosecuting State. Many national systems giving effect to the obligation *aut dedere aut judicare* and/or the Rome Statute for an International Criminal Court indeed require the presence of the

[110] Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949, *UNTS*, Vol. 75, p. 287. See also Art. 49, Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949, *UNTS*, Vol. 75, p. 31; Art. 50, Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949, *UNTS*, Vol. 75, p. 85; Art. 129, Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949, *UNTS*, Vol. 75, p. 135; Art. 85 (1), Protocol Additional (I) to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977, United Nations, *Official Records of the General Assembly*, doc. A/32/144, 15 August 1977.

[111] See further *infra*, para. 62.

imposent habituellement aux Etats de se doter d'une compétence extraterritoriale, mais ne leur interdisent pas d'exercer leur compétence conformément à leur législation nationale. Même lorsqu'elles ne prévoient pas la compétence universelle, ces dispositions ne l'excluent pas non plus, pas davantage qu'elles ne demandent aux Etats d'éviter d'exercer cette forme de compétence en vertu de leur droit interne. Ce principe est habituellement exprimé par la formule suivante: «[l]a présente convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales», que l'on retrouve dans un grand nombre d'instruments, notamment dans la convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 4, par. 3) et dans la convention de 1984 contre la torture (art. 5, par. 3).

62. Les dispositions relatives à l'*obligation de poursuivre (aut dedere aut judicare)* lient parfois cette dernière à l'extradition, dans le sens où un Etat n'est tenu de poursuivre un suspect que «s'il n'extrade pas ce dernier». C'est notamment le cas de l'article 7 de la convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs et de l'article 7 de la convention de 1984 contre la torture. Toutefois, cela ne signifie pas qu'un Etat ne puisse poursuivre un suspect *que* s'il a refusé de l'extrader.

On ne retrouve assurément pas cette formule dans l'article 146 de la quatrième convention de Genève, dont certains auteurs affirment qu'il fait même passer l'obligation de poursuivre avant celle d'extrader: *primo prosequi, secundo dedere*[135]. Même en considérant que la notion de compétence universelle telle que la voit la doctrine présuppose la présence de l'accusé, rien dans l'article 146 ne permet de conclure au caractère obligatoire de cette présence[136].

2. La compétence universelle n'est pas contraire au principe de complémentarité tel qu'énoncé par le statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale

63. D'aucuns font valoir que, en vertu du statut de Rome, les auteurs présumés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité devront être poursuivis par la Cour pénale internationale et non par des Etats qui voudraient exercer une compétence universelle, et que, dès lors, les législations nationales qui, comme celle de la Belgique, prévoient la compétence universelle seraient en contradiction avec cette nouvelle approche et risqueraient d'entraver le fonctionnement de la Cour pénale internationale. C'était aussi la thèse du Congo dans le présent différend[137].

[135] Les conventions de Genève de 1949 sont uniques en ce qu'elles prévoient un mécanisme qui va plus loin que l'obligation «*aut dedere, aut judicare*», imposant aux Etats ce que l'on pourrait appeler la règle «*aut judicare, aut dedere*» ou même «*primo prosequi, secundo dedere*». Voir, respectivement, R. van Elst, *loc. cit.*, p. 818-819, et M. Henzelin, *op. cit.*, p. 353, par. 1112.

[136] Voir M. Henzelin, *op. cit.*, p. 354, par. 1113.

[137] Voir le mémoire de la République démocratique du Congo, p. 59: «Obligation de nepas priver le Statut de la Cour pénale internationale de son objet et de son but.»

to provide extraterritorial jurisdiction, but do not exclude States from exercising jurisdiction under their national laws. Even where they do not provide universal jurisdiction, they do not exclude it either, nor do they require States to refrain from providing this form of jurisdiction under their domestic law. The standard formulation of this idea is that "[t]his Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law". This formula can be found in a host of Conventions, including the 1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Art. 4, para. 3) and the 1984 Convention against Torture (Art. 5, para. 3).

62. The *prosecution* clauses *(aut dedere aut judicare)*, however, sometimes link the prosecution obligation to extradition, in the sense that a State's duty to prosecute a suspect only exists "if it does not extradite him". Examples are Article 7 of the 1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft and Article 7 of the 1984 Convention against Torture. This, however, does not mean that prosecution is *only* possible in cases where extradition has been refused.

Surely, this formula cannot be read into Article 146 of the IV Geneva Convention which according to some authors even prioritizes prosecution over extradition: *primo prosequi, secundo dedere*[135]. Even if one adopts the doctrinal viewpoint that the notion of universal jurisdiction assumes the presence of the offender, there is nothing in Article 146 that warrants the conclusion that this is an actual requirement[136].

2. *Universal Jurisdiction Is Not Contrary to the Complementarity Principle in the Statute for an International Criminal Court*

63. Some argue that, in the light of the Rome Statute for an International Criminal Court, it will be for the International Criminal Court, and not for States acting on the basis of universal jurisdiction, to prosecute suspects of war crimes and crimes against humanity. National statutes providing universal jurisdiction, like the Belgian Statute, would be contrary to this new philosophy and could paralyse the International Criminal Court. This was also the proposition of the Congo in the present dispute[137].

---

[135] The Geneva Conventions of 1949 are unique in that they provide a mechanism which goes further than the *"aut dedere, aut judicare"* model and which can be described as *"aut judicare, aut dedere"*, or, even more poignantly, as *"primo prosequi, secundo dedere"*. See, respectively, R. van Elst, *loc. cit.*, pp. 818-819; M. Henzelin, *op. cit.*, p. 353, para. 1112.

[136] See M. Henzelin, *op. cit.*, p. 354, para. 1113.

[137] See Memorial of the Congo, p. 59, "The obligation not to defeat the object and purpose of the Statute of the International Criminal Court." *[Translation by the Registry.]*

nales doivent être interprétées avec beaucoup de prudence. Dans l'affaire *Bouterse*, par exemple, la Cour suprême des Pays-Bas n'a pas estimé que la présence de la personne soupçonnée était nécessaire en vertu du droit international, mais seulement en vertu du droit interne. Elle a décidé que, *en droit néerlandais*, M. Bouterse ne pouvait faire l'objet de poursuites au titre d'une telle compétence, mais elle n'a nullement dit que l'exercice de celle-ci serait contraire au *droit international*. En fait, elle *n'a pas* retenu la conclusion de l'avocat général à cet égard[118].

56. L'affaire du *Lotus* constitue un précédent non seulement en matière de compétence, mais aussi au regard de la formation du droit international coutumier, ainsi que je l'ai dit plus haut. Une «pratique négative» des Etats consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager des poursuites judiciaires ne saurait être considérée, en soi, comme révélatrice d'une *opinio juris*. C'est uniquement si cette abstention était délibérée que la pratique pourrait donner naissance à une règle de droit international coutumier[119]. Tout comme dans le cas des immunités, l'abstention peut être motivée par d'autres facteurs que l'existence d'une *opinio juris* en ce sens. En effet, un Etat peut avoir des raisons valables, d'un point de vue politique ou pratique, de s'abstenir d'exercer sa compétence en l'absence de l'auteur de l'infraction.

Une compétence si étendue peut être inopportune du point de vue *politique*: elle n'est pas propice aux relations internationales, et traduire en justice les auteurs étrangers de crimes commis à l'étranger risque de heurter l'opinion publique nationale. Pour autant, de tels procès ne sont pas illicites au regard du droit international.

D'un point de vue *pratique*, il peut se révéler difficile de recueillir les éléments de preuve lors de procès concernant des crimes extraterritoriaux, à quoi s'ajoute le fait que les Etats peuvent craindre de surcharger leurs tribunaux. Ce dernier motif a été invoqué par la cour d'appel britannique dans l'affaire *Al-Adsani*[120] et il semble que l'Assemblée nationale française en ait expressément tiré argument pour écarter la compétence universelle *in absentia* lorsqu'elle a approuvé l'application du principe de la compétence universelle pour les crimes visés par le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[121]. Quant au pro-

[118] Voir ci-dessus la note 5. Dans son arrêt du 20 novembre 2000, la cour d'appel d'Amsterdam avait décidé, entre autres, que des poursuites pouvaient être engagées par défaut contre M. Bouterse pour actes de torture (faits commis au Suriname en 1982). La décision a été annulée par la Cour suprême des Pays-Bas le 18 septembre 2001, au motif, notamment, que la compétence universelle avait été exercée *in absentia*. Les conclusions de l'avocat général néerlandais sont annexées à l'arrêt de la Cour suprême, *loc. cit.*; voir les paragraphes 113 à 137; voir aussi en particulier le paragraphe 138.

[119] Voir ci-dessus, par. 13.

[120] Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, opinion du juge Pellonpää, à laquelle s'est rallié le juge Bratza, consultable sur le site http://www.echr.coe.int. Voir la discussion dans Marks, «Torture and the Jurisdictional Immunities of Foreign States», *CLJ*, 1997, p. 8-10.

[121] Voir le *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 20 décembre 1994, 2e séance, p. 9446.

with much caution. In the *Bouterse* case, for example, the Dutch Supreme Court did not state that the requirement of the presence of the suspect was a requirement under international law, but only under domestic law. It found that, *under Dutch law*, there was no such jurisdiction to prosecute Mr. Bouterse but did not say that exercising such jurisdiction would be contrary to *international law*. In fact, the Supreme Court did *not* follow the Advocate General's submission on this point[118].

56. The *"Lotus"* case is not only an authority on jurisdiction, but also on the formation of customary international law as was set out above. A "negative practice" of States, consisting in their abstaining from instituting criminal proceedings, cannot, in itself, be seen as evidence of an *opinio juris*. Only if this abstinence was based on a conscious decision of the States in question can this practice generate customary international law[119]. As in the case of immunities, such abstinence may be attributed to other factors than the existence of an *opinio juris*. There may be good political or practical reasons for a State not to assert jurisdiction in the absence of the offender.

It may be *politically* inconvenient to have such a wide jurisdiction because it is not conducive to international relations and national public opinion may not approve of trials against foreigners for crimes committed abroad. This does not, however, make such trials illegal under international law.

A *practical* consideration may be the difficulty in obtaining the evidence in trials of extraterritorial crimes. Another practical reason may be that States are afraid of overburdening their court system. This was stated by the Court of Appeal in the United Kingdom in the *Al-Adsani* case[120] and seems to have been an explicit reason for the Assemblée nationale in France to refrain from introducing universal jurisdiction *in absentia* when adopting universal jurisdiction over the crimes falling within the Statute of the Yugoslavia Tribunal[121]. The concern for a linkage with the national order thus seems to be more of a pragmatic than of

[118] See *supra*, footnote 5. The Court of Appeal of Amsterdam had, in its judgment of 20 November 2000, decided, *inter alia*, that Mr. Bouterse could be prosecuted *in absentia* on charges of torture (facts committed in Suriname in 1982). This decision was reversed by the Dutch Supreme Court on 18 September 2001, *inter alia* on the point of the exercise of universal jurisdiction *in absentia*. The submissions of the Dutch Advocate General are attached to the judgment of the Supreme Court, *loc. cit.*, paras. 113-137 and especially para. 138.

[119] See *supra*, para. 13.

[120] ECHR, *Al-Adsani* v. *United Kingdom*, 21 November 2001, para. 18, and the concurring opinions of Judges Pellonpää and Bratza, retrievable at: http://www.echr.coe.int. See the discussion in Marks, "Torture and the Jurisdictional Immunities of Foreign States", *CLJ*, 1997, pp. 8-10.

[121] See *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 20 décembre 1994, 2e séance, p. 9446.

blème du rattachement à l'ordre interne, il semble revêtir un caractère plus pragmatique que juridique. La volonté de procéder à un tel rattachement ne constitue donc pas nécessairement l'expression d'une doctrine selon laquelle cette forme de compétence universelle serait contraire au droit international.

57. Le thème de la compétence universelle a suscité une littérature à la fois abondante et savante[122]. Je me contenterai de citer trois études réalisées par des groupes de chercheurs: les «principes de Princeton»[123], les «principes du Caire»[124] et le «rapport Kamminga» au nom de l'International Law Association[125], en concentrant mon attention sur une question: les auteurs plaident-ils, comme le Congo, que la compétence universelle *in absentia* est contraire au droit international? La réponse est négative[126].

58. Ma conclusion est qu'il n'existe aucune règle du droit international conventionnel ou coutumier, ni aucune doctrine juridique, susceptibles d'étayer l'affirmation selon laquelle la compétence (universelle) à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ne peut être exercée que si l'accusé se trouve sur le territoire de l'Etat qui engage une action à son encontre.

b) Le droit international permet aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité

59. Le droit international permet à l'évidence aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Pour les crimes *contre l'humanité*, il n'existe pas de disposition claire en droit conventionnel à cet égard, mais il est admis que, du moins dans le cas de génocide, les Etats ont le droit d'exercer une compétence extraterritoriale[127]. En revanche, *les crimes de guerre* font l'objet de conventions internationales spécifiques. Le droit international permet

[122] Pour des sources récentes, voir ci-dessus la note 98.

[123] Voir ci-dessus la note 53.

[124] Voir ci-dessus la note 54.

[125] Voir ci-dessus la note 51.

[126] Bien que le libellé du deuxième paragraphe du principe 1 de Princeton puisse quelque peu prêter à confusion, il est clair que les auteurs n'entendaient pas empêcher un Etat d'engager une procédure pénale, de mener une enquête, de délivrer un acte d'accusation ou de demander l'extradition dans le cas où l'accusé n'est pas présent sur le territoire, ce que confirme le paragraphe 3 du principe 1. Voir le *Commentary on the Princeton Principles*, p. 44.

[127] A propos du génocide et de la convention sur le génocide de 1948, la Cour internationale de Justice a dit que «les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*» et «que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention»: affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 31.

a juridical nature. It is not, therefore, necessarily the expression of an *opinio juris* to the effect that this form of universal jurisdiction is contrary to international law.

57. There is a massive literature of learned scholarly writings on the subject of universal jurisdiction[122]. I confine myself to three studies, which emanate from groups of scholars: the Princeton principles[123], the Cairo principles[124] and the Kamminga report on behalf of the ILA[125], and look at one point: do the authors support the Congo's proposition that universal jurisdiction *in absentia* is contrary to international law? The answer is: no[126].

58. I conclude that there is no conventional or customary international law or legal doctrine in support of the proposition that (universal) jurisdiction for war crimes and crimes against humanity can only be exercised if the defendant is present on the territory of the prosecuting State.

(b) *International law permits universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity*

59. International law clearly permits universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity. For both crimes, permission under international law exists. For crimes *against humanity*, there is no clear treaty provision on the subject but it is accepted that, at least in the case of genocide, States are entitled to assert extraterritorial jurisdiction[127]. In the case of *war crimes*, however, there is specific conventional international law in support of the proposition that States are entitled to assert

[122] For recent sources see *supra*, footnote 98.
[123] *Supra*, footnote 53.
[124] *Supra*, footnote 54.
[125] *Supra*, footnote 51.
[126] Although the wording of Princeton Principle 1 (2) may appear somewhat confusing, the authors definitely did not want to prevent a State from initiating the criminal process, conducting an investigation, issuing an indictment or requesting extradition when the accused is not present, as is confirmed by Principle 1 (3). See the Commentary on the Princeton Principles at p. 44.

[127] On the subject of genocide and the Genocide Convention of 1948, the International Court of Justice held that "the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*" and "that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina* v. *Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 31).

aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre, mais aussi à l'égard des crimes contre l'humanité. Dans le cas des premiers, cette permission est confirmée par le droit international conventionnel, plus précisément par l'article 146 de la quatrième convention de Genève[128], qui énonce le principe *aut dedere aut judicare* pour les crimes de guerre perpétrés à l'encontre de civils[129].

Cette convention est probablement la première, dans l'histoire des conventions de droit international pénal, à avoir codifié le principe *aut dedere aut judicare*; en effet, si celui-ci existe depuis Hugo Grotius dans la doctrine juridique, et a sans doute des origines plus lointaines encore[130], ce n'est qu'en 1949 qu'il a été inscrit dans le droit international conventionnel. D'autres instruments plus anciens, comme la convention de 1926 relative à l'esclavage[131] ou la convention de 1929 pour la répression du faux monnayage[132], exigent des Etats qu'ils réglementent la *compétence*, mais sans leur imposer l'obligation *aut dedere aut judicare*. Les conventions de 1949 sont vraisemblablement les premières à consacrer ce principe dans un article qui prévoit à la fois l'exercice de la compétence et l'obligation de poursuivre.

Les rédacteurs des conventions ultérieures ont été plus précis et ont inclus dans ces textes des dispositions portant spécifiquement sur la *compétence*, d'une part, et sur l'obligation de poursuivre *(aut dedere aut judicare)*, d'autre part. C'est le cas notamment de la convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 4 et 7 respectivement)[133] et de la convention de 1984 contre la torture (art. 5 et 7 respectivement)[134].

60. Pour évaluer dans quelle mesure il est permis aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de droit international, il importe que les conventions de droit international pénal établissent une distinction entre les dispositions relatives à la *compétence* et celles relatives à *l'obligation de poursuivre (aut dedere aut judicare)*.

61. Dans ces conventions, les dispositions relatives à la *compétence*

[128] Voir ci-dessus la note 110.

[129] Voir comité international de la Croix-Rouge, *National Enforcement of International Humanitarian Law: Universal Jurisdiction over War Crimes (Répression nationale des violations du droit international humanitaire: la compétence universelle en matière de crimes de guerre)*, consultable sur le site: http://www.icrc.org/; R. van Elst, «Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions», *LJIL*, 2000, vol. 13, p. 815-854.

[130] G. Guillaume, «La compétence universelle. Formes anciennes et nouvelles», dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, 1992, p. 27.

[131] Convention relative à l'esclavage, Genève, 25 septembre 1926, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 60, p. 253.

[132] Convention pour la répression du faux monnayage, Genève, 20 avril 1929, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 112, p. 371.

[133] Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, adoptée à La Haye le 16 décembre 1970, *ILM*, 1971, p. 133.

[134] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, *ILM*, 1984, p. 1027, modifiée dans *ILM*, 1985, p. 535.

jurisdiction over acts committed abroad: the relevant provision is Article 146 of the IV Geneva Convention[128], which lays down the principle *aut dedere aut judicare* for war crimes committed against civilians[129].

From the perspective of the drafting history of international criminal law conventions, this is probably one of the first codifications of this principle, which, in legal doctrine, goes back at least to Hugo Grotius but has probably much older roots[130]. However, it had not been codified in conventional international law until 1949. There are older Conventions such as the 1926 Slavery Convention[131] or the 1929 Convention on Counterfeiting[132], which require States to lay down rules on *jurisdiction* but which do not provide an *aut dedere aut judicare* obligation. The 1949 Conventions are probably the first to lay down this principle in an article that is meant to cover both jurisdiction and prosecution.

Subsequent Conventions have refined this way of drafting and have laid down distinctive provisions on *jurisdiction* on the one hand and on prosecution *(aut dedere aut judicare)* on the other. Examples are the 1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Articles 4 and 7 respectively)[133] and the 1984 Convention against Torture (Articles 5 and 7 respectively)[134].

60. In order to assess the "permissibility" of universal jurisdiction for international crimes, it is important to distinguish between *jurisdiction* clauses and *prosecution (aut dedere aut judicare)* clauses in international criminal law conventions.

61. The *jurisdiction* clauses in these Conventions usually oblige States

---

[128] See *supra*, footnote 110.

[129] See International Committee of the Red Cross, *National Enforcement of International Humanitarian Law: Universal Jurisdiction over War Crimes*, retrievable at: http://www.icrc.org; R. van Elst, "Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions", 13 *LJIL*, 2000, pp. 815-854.

[130] G. Guillaume, "La compétence universelle. Formes anciennes et nouvelles", in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, 1992, p. 27.

[131] Slavery Convention, Geneva, 25 September 1926, League of Nations, *Treaty Series (LNTS)*, Vol. 60, p. 253.

[132] International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency, Geneva, 20 April 1929, *LNTS*, Vol. 112, p. 371.

[133] Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on 16 December 1970, *ILM*, 1971, p. 134.

[134] Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 December 1984, *ILM*, 1984, p. 1027, with changes in *ILM*, 1985, p. 535.

64. Cette thèse est erronée. Le statut de Rome n'interdit pas l'exercice de la compétence universelle. Il serait absurde d'interpréter ce statut comme limitant à l'Etat de nationalité, à l'Etat territorial ou à la Cour pénale internationale la compétence à l'égard des crimes les plus graves. Les dispositions du statut qui traitent de la compétence énoncent les conditions requises pour que la Cour pénale internationale puisse connaître d'une affaire (art. 17 du statut de Rome, principe de la complémentarité); on ne saurait y voir une restriction générale interdisant aux Etats tiers d'enquêter et d'engager des poursuites en cas de crimes particulièrement graves. Le statut de Rome n'empêche assurément pas les Etats tiers (autres que l'Etat territorial et l'Etat de la nationalité) d'exercer une compétence universelle. On ne saurait le déduire de son préambule, qui affirme sans équivoque que l'objectif visé est de faire échec à l'impunité. En outre, l'*opinio juris* qui se dégage des résolutions des Nations Unies[138] insiste sur la lutte contre l'impunité, l'obligation individuelle de répondre de ses actes et le devoir de *tous* les Etats de punir les auteurs des crimes les plus graves.

65. Un aspect pratique important réside dans le fait que la Cour pénale internationale ne pourra pas traiter *toutes* les infractions, et que le besoin existera toujours de voir les Etats tiers — notamment, mais non exclusivement, ceux de la nationalité et du territoire — ouvrir des enquêtes et engager des poursuites pour punir les crimes les plus graves, en particulier en cas de simulacre de procès. En outre, la Cour pénale internationale ne sera pas compétente à l'égard des crimes commis avant l'entrée en vigueur de son statut (art. 11). Si les auteurs de ces crimes-là ne pouvaient être poursuivis par le biais d'autres mécanismes tels que les juridictions nationales exerçant une compétence universelle, il en découlerait une impunité inacceptable[139].

66. Le statut de Rome ne constitue pas un *nouveau* fondement juridique à l'établissement de la compétence universelle d'Etats tiers. Il ne l'interdit pas, certes, mais il ne l'autorise pas non plus. Il s'ensuit que, pour ce qui est des crimes relevant du statut de Rome (crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide et, peut-être, à l'avenir, agression et autres crimes), les sources de droit international préexistantes conservent toute leur importance.

3. Conclusion

67. L'article 7 de la loi belge de 1993/1999, qui donne effet au principe de la compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, n'est pas contraire au droit international. Ce dernier n'interdit pas aux Etats de se doter d'une telle compétence normative. Au contraire, il les autorise et les encourage même à prévoir cette forme de compétence pour empêcher les personnes soupçonnées de crimes de guerre

[138] Voir ci-dessus les notes 48 et 49.
[139] Voir ci-dessus, par. 37.

64. This proposition is wrong. The Rome Statute does not prohibit universal jurisdiction. It would be absurd to read the Rome Statute in such a way that it limits the jurisdiction for core crimes to either the national State or the territorial State or the International Criminal Court. The relevant clauses are about the preconditions for the International Criminal Court to exercise jurisdiction (Art. 17, Rome Statute — the complementarity principle), and cannot be construed as containing a general limitation for third States to investigate and prosecute core crimes. Surely, the Rome Statute does not preclude third States (other than the territorial State and the State of nationality) from exercising universal jurisdiction. The preamble, which unequivocally states the objective of avoiding impunity, does not allow this inference. In addition, the *opinio juris*, as it appears from United Nations resolutions[138], focuses on impunity, individual accountability and the responsibility of *all* States to punish core crimes.

65. An important practical element is that the International Criminal Court will not be able to deal with *all* crimes; there will still be a need for States to investigate and prosecute core crimes. These States include, but are not limited to, national and territorial States. As observed previously, there will still be a need for third States to investigate and prosecute, especially in the case of sham trials. Also, the International Criminal Court will not have jurisdiction over crimes committed before the entry into force of its Statute (Art. 11, Rome Statute). In the absence of other mechanisms for the prosecution of these crimes, such as national courts exercising universal jurisdiction, this would leave an unacceptable source of impunity[139].

66. The Rome Statute does not establish a *new* legal basis for third States to introduce universal jurisdiction. It does not prohibit it but does not authorize it either. This means that, as far as crimes in the Rome Statute are concerned (war crimes, crimes against humanity, genocide and in the future perhaps aggression and other crimes), pre-existing sources of international law retain their importance.

3. Conclusion

67. Article 7 of Belgium's 1993/1999 Act, giving effect to the principle of universal jurisdiction regarding war crimes and crimes against humanity, is not contrary to international law. International law does not prohibit States from asserting prescriptive jurisdiction of this kind. On the contrary, international law permits and even encourages States to assert this form of jurisdiction in order to ensure that suspects of war crimes

[138] See *supra*, footnotes 48 and 49.
[139] See also *supra*, para. 37.

tut de Rome portant création d'une cour pénale internationale permanente requièrent la présence de l'accusé, ainsi qu'il ressort de diverses dispositions de droit interne[112] et d'un certain nombre de décisions nationales, notamment dans l'affaire *Saric* au Danemark[113], l'affaire *Javor* en France[114] et l'affaire *Jorgić* en Allemagne[115]. En revanche, il existe également des systèmes nationaux dans lesquels la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire de l'Etat engageant les poursuites n'est pas impérative[116]. De plus, dans un même Etat, les pouvoirs exécutif et judiciaire peuvent avoir des avis différents sur la question: il est alors d'autant plus difficile d'y discerner l'existence d'une quelconque *opinio juris* en ce sens[117].

Même le fait qu'une législation nationale exige la présence de l'accusé ne reflète pas nécessairement l'existence d'une *opinio juris* selon laquelle cette présence serait requise en droit international. Les décisions natio-

---

[112] Voir par exemple le Code pénal suisse, art. 6 *bis*, 1; le Code pénal français, art. 689-1; la loi canadienne de 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, art. 8.

[113] *Ministère public c. T.*, Cour suprême danoise (Hoejesteret), arrêt, 15 août 1995, *Ugeskrift for Retsvaesen*, 1995, p. 838, cité dans l'*Annuaire du droit international humanitaire* de 1998, p. 431, et dans R. Maison, «Les premiers cas d'application des dispositions pénales des conventions de Genève: commentaire des affaires danoise et française», *EJIL*, 1995, p. 260.

[114] Cour de cassation française *(Javor)*, 26 mars 1996, *Bull. crim.*, 1996, p. 379-382.

[115] Bundesgerichtshof, 30 avril 1999, 3 StR 215/98, *NStZ*, 1999, p. 396. Voir également le commentaire critique *(Anmerkung)* d'Ambos, *ibid.*, p. 405-406, qui ne partage pas l'opinion des juges selon laquelle un «lien» est nécessaire pour «légitimer» l'exercice, par l'Allemagne, de sa compétence à l'égard de crimes perpétrés par des étrangers à l'encontre d'autres étrangers et en dehors de son territoire, même dans le cas de crimes graves au regard du droit international (il s'agissait en l'occurrence du crime de génocide). La Cour allemande a toutefois estimé récemment, dans un arrêt relatif à l'application des conventions de Genève, qu'un tel lien n'était pas nécessaire, puisque la compétence de l'Allemagne se fondait sur une règle contraignante du droit international instituant l'obligation de poursuivre et que l'on pouvait donc difficilement considérer l'exercice d'une telle compétence comme une violation du principe de non-intervention (Bundesgerichtshof, 21 février 2001, 3 StR 372/00, consultable sur le site http://www.hrr-strafrecht.de).

[116] Voir, par exemple, les poursuites engagées en Espagne, en vertu de l'article 23-4 de la loi n° 6/1985 du 1er juillet 1985 sur le pouvoir judiciaire, à l'encontre du sénateur Pinochet et d'autres ressortissants de pays d'Amérique du Sud dont les autorités espagnoles demandaient l'extradition. En Nouvelle-Zélande, des poursuites peuvent être engagées pour les «principaux crimes» de droit international, même si l'auteur présumé de ces crimes ne se trouve pas dans le pays au moment où les autorités judiciaires décident de l'inculper (loi néo-zélandaise de 2000 sur les crimes de droit international et la Cour pénale internationale, art. 8, par. 1, al. *c)* iii)).

[117] Le Gouvernement allemand vient d'adopter un projet de «code des crimes de droit international» *(Völkerstrafgesetzbuch)* (voir Bundesministerium der Justiz, *Mitteilung für die Presse 02/02*, Berlin, 16 janvier 2002), qui devrait permettre aux services allemands chargés de l'application des lois d'engager des poursuites pour certaines infractions même si celles-ci n'ont aucun lien avec l'Allemagne et que leur auteur présumé ne se trouve pas sur le territoire allemand. Aux termes de ce nouveau code, même s'il n'existe aucun lien avec l'Allemagne, les services chargés de l'application des lois peuvent décider de surseoir aux poursuites uniquement dans le cas où le suspect est déjà poursuivi par une juridiction internationale ou par celle d'un Etat exerçant sa compétence territoriale ou personnelle (voir Bundesministerium der Justiz, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, p. 19 et 89, consultable sur le site Internet: www.bmj.bund.de/images/11222.pdf).

offender. This appears from legislation[112] and from a number of national decisions including the Danish *Saric* case[113], the French *Javor* case[114] and the German *Jorgic* case[115]. However, there are also examples of national systems that do not require the presence of the offender on the territory of the prosecuting State[116]. Governments and national courts in the same State may hold different opinions on the same question, which makes it even more difficult to identify the *opinio juris* in that State[117].

And even where national law requires the presence of the offender, this is not necessarily the expression of an *opinio juris* to the effect that this is a requirement under international law. National decisions should be read

---

[112] See, for example, the Swiss Penal Code, Art. 6*bis*, 1; the French Penal Code, Art. 689-1; the Canadian Crimes against Humanity and War Crimes Act (2000), Art. 8.

[113] *Public Prosecutor* v. *T.*, Supreme Court (Højesteret), Judgment, 15 August 1995, *Ugeskrift for Retsvaesen*, 1995, p. 838, reported in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, p. 431, and in R. Maison, "Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève: commentaire des affaires danoise et française", *EJIL*, 1995, p. 260.

[114] Cour de cassation (fr.), 26 March 1996, *Bull. Crim.*, 1996, pp. 379-382.

[115] Bundesgerichtshof 30 April 1999, 3 StR 215/98, *NStZ*, 1999, p. 396. See also the critical note (*Anmerkung*) by Ambos, *ibid.*, pp. 405-406, who doesn't share the view of the judges that a "legitimizing link" is required to allow Germany to exercise its jurisdiction over crimes perpetrated outside its territory by foreigners against foreigners, even if these amount to serious crimes under international law (*in casu* genocide). In a recent judgment concerning the application of the Geneva Conventions, the Court, however, decided that such a link was not required, since German jurisdiction was grounded on a binding norm of international law instituting a duty to prosecute, so there could hardly be a violation of the principle of non-intervention (Bundesgerichtshof, 21 February 2001, 3 StR 372/00, retrievable on http://www.hrr-strafrecht.de).

[116] See, for example, the prosecutions instituted in Spain on the basis of Article 23.4 of the Ley Orgánica del Poder Judicial (Law 6/1985 of 1 July 1985 on the Judicial Power) against Senator Pinochet and other South American suspects whose extradition was requested. In New Zealand, proceedings may be brought for international "core crimes" regardless of whether or not the person accused was in New Zealand at the time a decision was made to charge the person with an offence (Sec. 8 (1) (*c*) (iii) of the International Crimes and International Criminal Court Act, 2000).

[117] The German Government very recently reached agreement on a text for an "International Crimes Code" (*Völkerstrafgesetzbuch*) (see Bundesministerium der Justiz, *Mitteilung für die Presse 02/02*, Berlin, 16 January 2002). The new Code would allow German law enforcement agencies to prosecute cases without any link to Germany and without the presence of the offender on the national territory. However, if there is no link to Germany, the law enforcement agencies have discretion to defer prosecution in such a case when an International Court or the Courts of a State basing its jurisdiction on territoriality or personality were in fact prosecuting the suspect (see Bundesministerium der Justiz, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, pp. 19 and 89, to be consulted on the Internet: http://www.bmj.bund.de/images/11222.pdf).

et de crimes contre l'humanité d'échapper à la justice. Une telle compétence ne va pas à l'encontre du principe de complémentarité tel qu'énoncé par le statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale.

IV. Existence d'un fait internationalement illicite

68. Après avoir conclu que les ministres des affaires étrangères en exercice bénéficient d'une immunité de juridiction pénale totale à l'étranger (par. 54 de l'arrêt), même lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité (par. 58 de l'arrêt), la Cour internationale de Justice examine si l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 constituaient une violation de ces règles. Concernant l'*émission* et la *diffusion* de ce mandat, la Cour conclut respectivement:

> «que l'émission dudit mandat a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, en ce qu'elle a méconnu l'immunité de ce ministre et, plus particulièrement, violé l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouissait alors en vertu du droit international» (par. 70 de l'arrêt)
>
> «que la diffusion dudit mandat, qu'elle ait ou non entravé en fait l'activité diplomatique de M. Yerodia, a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, en ce qu'elle a méconnu l'immunité du ministre des affaires étrangères en exercice du Congo et, plus particulièrement, violé l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouissait alors en vertu du droit international» (par. 71 de l'arrêt).

69. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer au début de mon opinion, je trouve extrêmement regrettable que la Cour, dans ces deux phrases capitales de son argumentation, ne mentionne pas que le mandat d'arrêt concernait des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Le dispositif non plus n'en fait pas mention (par. 78, al. 2, de l'arrêt).

70. Je ne souscris pas à la conclusion selon laquelle il y a eu violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, parce que j'en rejette le postulat de départ. Pour les raisons exposées plus haut, M. Yerodia ne bénéficiait pas en Belgique de l'immunité de juridiction pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Comme je l'ai dit précédemment, cet état de fait est peut-être contraire à la courtoisie internationale, mais aucune règle du droit international coutumier ou conventionnel n'accorde d'immunité à des ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

71. En outre, M. Yerodia n'a en fait jamais été arrêté en Belgique, et rien ne prouve qu'il ait été empêché d'exercer ses fonctions à l'étranger. Associant ce qui précède aux remarques sur la compétence universelle que j'ai formulées au chapitre précédent, je souhaite établir

and crimes against humanity do not find safe havens. It is not in conflict with the principle of complementarity in the Statute for an International Criminal Court.

IV. Existence of an Internationally Wrongful Act

68. Having concluded that incumbent Ministers for Foreign Affairs are fully immune from foreign criminal jurisdiction (Judgment, para. 54), even if charged with war crimes and crimes against humanity (Judgment, para. 58), the International Court of Justice examines whether the issuing and circulating of the warrant of 11 April 2000 constituted a violation of those rules. On the subject of the *issuance* and the *circulation* of the warrant respectively, the Court concludes:

> "that the issue of the warrant constituted a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of that Minister and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by him under international law" (Judgment, para. 70)
>
> "that the circulation of the warrant, whether or not it significantly interfered with Mr. Yerodia's diplomatic activity, constituted a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Congo and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by him under international law" (Judgment, para. 71).

69. As stated at the outset, I find it highly regrettable that neither of these crucial sentences in the Court's reasoning mention the fact that the arrest warrant was about war crimes and crimes against humanity. The *dispositif* (para. 78 (2)) also fails to mention this fact.

70. I disagree with the conclusion that there was a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, because I reject its premise. Mr. Yerodia was not immune from Belgian jurisdiction for war crimes and crimes against humanity for the reasons set out above. As set out before, this may be contrary to international courtesy, but there is no rule of customary or conventional international law granting immunity to incumbent Foreign Ministers who are suspected of war crimes and crimes against humanity.

71. Moreover, Mr. Yerodia was never actually arrested in Belgium, and there is no evidence that he was hindered in the exercise of his functions in third countries. Linking the foregoing with my observations on the question of universal jurisdiction in the preceding section of my dis-

2. La diffusion internationale *du mandat d'arrêt litigieux n'était pas contraire au droit international*

76. La question de la diffusion du mandat d'arrêt est quelque peu différente, car l'on pourrait faire valoir que diffuser un tel mandat à l'échelle internationale revenait à exercer une compétence *d'exécution*, ce qui, en vertu du critère de l'arrêt du *Lotus*, est en principe interdit. Selon ce critère, un Etat ne peut étendre sa compétence au territoire d'un autre Etat que si le droit international l'y autorise. C'est la «limitation primordiale» qu'impose le droit international aux Etats[148].

77. Même en admettant, à l'instar de la Cour, qu'il existe une règle de droit international coutumier visant à protéger les ministres des affaires étrangères de toute procédure pénale engagée par un Etat tiers, y compris lorsqu'ils sont soupçonnés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, il resterait à démontrer que la Belgique a effectivement violé cette règle en exerçant une compétence d'exécution. L'intitulé du mandat d'arrêt, qualifié de «mandat d'arrêt *international*» dans le document établi par le juge belge, a provoqué une grande confusion. Il s'agit là d'un intitulé très trompeur tant en droit belge qu'en droit international. Les mandats d'arrêt internationaux proprement dits n'existent pas, pas plus en droit belge qu'en droit international. Les termes utilisés dans le mandat étaient certes de nature à créer une confusion, mais ce n'est pas parce qu'un document porte un intitulé trompeur qu'il produit en réalité l'effet suggéré par celui-ci.

78. L'expression «mandat d'arrêt *international*» est trompeuse en ce qu'elle donne à penser que le mandat en question peut être exécuté dans un Etat tiers sans avoir été validé par les autorités locales. Or, tel n'est pas le cas: une validation par les autorités de l'Etat où se trouve la personne visée par le mandat est toujours indispensable. En conséquence, le mandat d'arrêt belge décerné à l'encontre de M. Yerodia ne pouvait pas, même après sa diffusion par le biais d'Interpol, être automatiquement exécuté dans tous les Etats membres de cette organisation. Ce mandat peut avoir occasionné des désagréments perçus comme une offense par M. Yerodia ou par les autorités congolaises, mais il ne constitue pas en soi une restriction au droit du ministre congolais des affaires étrangères de voyager et d'exercer ses fonctions.

Je n'ai connaissance d'aucun Etat qui exécute automatiquement des mandats d'arrêt émis dans d'autres Etats, pas même au sein de structures régionales comme l'Union européenne. De fait, le débat qui est en cours à propos du *mandat d'arrêt européen* porte sur une proposition visant à introduire quelque chose qui n'existe pas actuellement: une règle permet-

[148] Voir ci-dessus, par. 49.

2. *The* International Circulation *of the Disputed Arrest Warrant Was Not in Violation of International Law*

76. The question of the circulation of the warrant may be somewhat different, because it might be argued that circulating a warrant internationally brings it within the realm of *enforcement* jurisdiction, which, under the "*Lotus*" test, is in principle prohibited. Under that test, States can only act on the territory of other States if there is permission to this effect in international law. This is the "first and foremost restriction" that international law imposes on States[148].

77. Even if one would accept, together with the Court, the premise there is a rule under customary law protecting Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity from the criminal process of other States, it still remains to be established that Belgium actually infringed this rule by asserting enforcement jurisdiction. Much confusion arose from the title that was given to the warrant, which was called "*international* arrest warrant" on the document issued by the Belgian judge. However, this is a very misleading term both under Belgian law and under international law. International arrest warrants do not exist as a special category under Belgian law. It is true that the title of the document was misleading, but giving a document a misleading name does not actually mean that this document also has the effect that it suggests it has.

78. The term *international* arrest warrant is misleading, in that it suggests that arrest warrants can be enforced in third countries without the validation of the local authorities. This is not the case: there is always a need for a validation by the authorities of the State where the person, mentioned in the warrant, is found. Accordingly, the Belgian arrest warrant against Mr. Yerodia, even after being circulated in the Interpol system, could not be automatically enforced in all Interpol member States. It may have caused an inconvenience that was perceived as offensive by Mr. Yerodia or by the Congolese authorities. It is not *per se* a limitation of the Congolese Foreign Minister's right to travel and to exercise his functions.

I know of no State that automatically enforces arrest warrants issued in other States, not even in regional frameworks such as the European Union. Indeed, the discussions concerning the *European arrest warrant* were about introducing something that does not exist at present: a rule by which member States of the European Union would automatically

[148] See *supra*, para. 49.

une distinction entre les deux «actes» que la Cour internationale de Justice, dans son arrêt, qualifie de violations du droit international coutumier: d'une part, l'*émission* du mandat d'arrêt litigieux et, d'autre part, sa *diffusion*.

*1. L'*émission *en Belgique du mandat d'arrêt litigieux n'était pas contraire au droit international*

72. M. Yerodia n'a jamais été arrêté, pas davantage lors de sa visite officielle en Belgique, en juin 2000[140], que par la suite. Si la Cour avait appliqué la seule disposition de droit international conventionnel pertinente en l'affaire, à savoir l'article 21, paragraphe 2, de la convention sur les missions spéciales, elle n'aurait pu parvenir à la conclusion qui est la sienne aujourd'hui. Cet article prévoit que les ministres des affaires étrangères,

> «quand ils prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international»[141].

Au vu de cette disposition, on ne pourrait conclure en l'espèce qu'à l'absence de violation, puisque le mandat d'arrêt n'a jamais été exécuté, ni en Belgique, ni dans un Etat tiers.

73. La Belgique a accepté, conformément aux règles de la courtoisie internationale, que le mandat d'arrêt ne soit pas exécuté à l'encontre de M. Yerodia si ce dernier devait se rendre en visite officielle en Belgique. Cette immunité d'exécution était explicitement précisée dans le mandat: celui-ci n'était pas exécutoire et n'a, de fait, pas été signifié ni exécuté lorsque M. Yerodia a effectué une visite officielle en *Belgique* en juin 2000. La Belgique a donc respecté le principe énoncé à l'article 21 de la convention sur les missions spéciales, principe qui ressortit non pas au droit international coutumier mais uniquement à la courtoisie internationale[142].

74. Il s'agit là des seuls *éléments objectifs* que la Cour aurait dû

[140] La visite officielle de M. Yerodia en Belgique n'est pas mentionnée dans l'arrêt, les Parties au différend ayant été assez ambiguës sur ce point. Pourtant il semblerait que M. Yerodia s'est effectivement rendu en Belgique le 17 juin 2000. Cette visite a été rapportée par les médias (voir la déclaration du ministre des affaires étrangères au journal *De Standaard*, 7 juillet 2000) et évoquée à l'occasion d'une question parlementaire adressée au ministre de la justice: voir question orale de M. Tony Van Parys au ministre de la justice sur «l'intervention politique du gouvernement dans le dossier à charge du ministre congolais des affaires étrangères, M. Yerodia», *Chambre des représentants de la Belgique, compte rendu intégral avec compte rendu analytique*, Commission de la Justice, 14 novembre 2000, CRIV 50 COM 294, p. 12. Même si ce fait ne faisait pas, en tant que tel, partie du dossier judiciaire, je suis d'avis que la Cour internationale de Justice aurait pu le prendre en considération.

[141] Voir ci-dessus, par. 18.

[142] Voir la déclaration du rapporteur spécial de la Commission du droit international citée ci-dessus, par. 17.

senting opinion, I wish to distinguish between the two different "acts" that, in the International Court of Justice's Judgment, constitute a violation of customary international law: on the one hand, the *issuing* of the disputed arrest warrant, on the other its *circulation*.

1. The Issuance *of the Disputed Arrest Warrant in Belgium Was Not in Violation of International Law*

72. Mr. Yerodia was never arrested, either when he visited Belgium officially in June 2000[140] or thereafter. Had it applied the only relevant provision of conventional international law to the dispute, Article 21, paragraph 2, of the Special Missions Convention, the Court could not have reached its decision. According to this article, Foreign Ministers

> "when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law"[141].

In the present dispute, this could only lead to the conclusion that there was no violation: the warrant was never executed, either in Belgium, or in third countries.

73. Belgium accepted, as a matter of international courtesy, that the warrant could not be executed against Mr. Yerodia were he to have visited Belgium officially. This was explicitly mentioned in the warrant: the warrant was not enforceable and was in fact not served on him or executed when Mr. Yerodia came to *Belgium* on an official visit in June 2001. Belgium thus respected the principle, contained in Article 21 of the Special Missions Convention, that is not a statement of customary international law but only of international courtesy[142].

74. These are the only *objective elements* the Court should have looked

[140] Mr. Yerodia's visit to Belgium is not mentioned in the Judgment because the Parties were rather unclear on this point. Yet, it seems that Mr. Yerodia effectively visited Belgium on 17 June 2000. This was reported in the media (see the statement by the Minister for Foreign Affairs in *De Standaard*, 7 July 2000) and also in a question that was put in Parliament to the Minister of Justice. See oral question put by Mr. Tony Van Parys to the Minister of Justice concerning "the political intervention by the Government in the proceedings against the Congolese Minister for Foreign Affairs, Mr. Yerodia" *[translation by the Registry]*, *Chambre des représentants de la Belgique, compte rendu intégral avec compte rendu analytique*, Commission de la Justice, 14 November 2000, CRIV 50 COM 294, p. 12. Despite the fact that this fact is not, as such, recorded in the documents that were before the International Court of Justice, I believe the Court could have taken judicial notice of it.

[141] *Supra*, para. 18.

[142] See the statement of the International Law Commission's Special Rapporteur, referred to *supra*, para. 17.

un visa, ou refuser de les accréditer si elles sont proposées pour un poste diplomatique[152], mais, là encore, c'est une affaire interne propre à chaque Etat tiers, et non la conséquence automatique d'un mandat d'arrêt décerné par un juge.

79. Dans le cas de M. Yerodia, la Belgique a transmis le mandat d'arrêt à Interpol (fin juin 2000), mais elle ne lui a pas demandé d'émettre une notice rouge avant septembre 2001, date à laquelle M. Yerodia avait cessé d'exercer toute fonction ministérielle. Il s'ensuit que la Belgique n'a jamais demandé à aucun pays d'arrêter provisoirement M. Yerodia aux fins d'extradition pendant qu'il était ministre des affaires étrangères. Le Congo affirme que M. Yerodia a vu sa liberté de mouvement restreinte par le mandat d'arrêt belge. Il ne fournit toutefois aucun élément de preuve à l'appui de cette affirmation. Il semble, au contraire, que M. Yerodia ait effectué un certain nombre de voyages à l'étranger après la diffusion du mandat par le biais d'Interpol (en 2000), notamment pour assister à titre officiel à une conférence des Nations Unies. Lors des audiences, il a été dit que, au cours de ce voyage à New York, M. Yerodia avait choisi le plus court trajet entre l'aéroport et le bâtiment des Nations Unies, parce qu'il craignait d'être arrêté[153]. Cette crainte, qu'il peut avoir éprouvée, tenait à des raisons psychologiques et non pas à des motifs juridiques. Aux termes de la convention des Nations Unies de 1969 sur les missions spéciales, M. Yerodia ne pouvait pas être arrêté dans un pays tiers pendant un voyage officiel. Lors des voyages officiels qu'il a effectués à l'étranger, il n'a fait l'objet d'aucune mesure de contrainte en application du mandat d'arrêt belge.

3. Conclusion

80. Le mandat d'arrêt n'était exécutoire — et, de fait, n'a pas été exécuté — ni dans le pays où il a été *émis* (la Belgique), ni dans les pays où il a été *diffusé*. Il n'a pas été exécuté *en Belgique* lors de la visite officielle de M. Yerodia en juin 2000. Cet Etat n'a pas formulé de demande d'extradition auprès de *pays tiers*, ni de demande d'arrestation provisoire aux fins d'extradition. Le mandat n'était pas un «mandat d'arrêt international», malgré les mots employés par le juge belge. Il ne pouvait pas produire cet effet, ni en Belgique ni dans des pays tiers, et cela n'a pas été le cas. Le fait internationalement illicite reproché à la Belgique était une mesure purement interne, sans effet *effectif* extraterritorial.

V. Les remedes

81. La République démocratique du Congo a sollicité de la Cour deux mesures de réparation différentes: *a)* un jugement déclaratoire consta-

[152] Voir les comptes rendus publiés dans la presse danoise à propos des hésitations du Gouvernement danois concernant l'accréditation d'un ambassadeur d'Israël, voir ci-dessus la note 21.

[153] CR 2001/10/20.

persons are proposed for a diplomatic function[152], but this, again, is a domestic matter for third States to consider, and not an automatic consequence of a judge's arrest warrant.

79. In the case of Mr. Yerodia, Belgium communicated the warrant to Interpol (end of June 2000), but did not request an Interpol Red Notice until September 2001, which was when Mr. Yerodia had ceased to be a Minister. It follows that Belgium never requested any country to arrest Mr. Yerodia provisionally for the purposes of extradition while he was a Foreign Minister. The Congo claims that Mr. Yerodia was, in fact, restricted in his movements as a result of the Belgian arrest warrant. Yet, it fails to adduce evidence to prove this point. It appears, on the contrary, that Mr. Yerodia has made a number of foreign travels after the warrant had been circulated in the Interpol system (2000), including an official visit to the United Nations. During the hearings, it was said that, when attending this United Nations Conference in New York, Mr. Yerodia chose the shortest way between the airport and the United Nations building, because he feared being arrested[153]. This fear, which he may have had, was based on psychological, not on legal grounds. Under the 1969 Special Missions Convention, he could not be arrested in third countries when on an official visit. On his official visits in third States, no coercive action was taken against him on the basis of the Belgian warrant.

3. Conclusion

80. The warrant could not be and was not executed in the country where it was *issued* (Belgium) or in the countries to which it was *circulated*. The warrant was not executed *in Belgium* when Mr. Yerodia visited Belgium officially in June 2000. Belgium did not lodge an extradition request to *third countries* or a request for the provisional arrest for the purposes of extradition. The warrant was not an "international arrest warrant", despite the language used by the Belgian judge. It could and did not have this effect, neither in Belgium nor in third countries. The allegedly wrongful act was a purely domestic act, with no *actual* extraterritorial effect.

V. Remedies

81. On the subject of remedies, the Congo asked the Court for two different actions: *(a)* a declaratory judgment to the effect that the warrant

[152] See the Danish hesitations concerning the accreditation of an Ambassador for Israel, *supra*, footnote 21.

[153] CR 2001/10/20.

tant le caractère illicite, au regard du droit international, du mandat et de sa diffusion dans le cadre d'Interpol et *b)* une décision appelant la Belgique à mettre à néant et à «retirer de la circulation» le mandat. La Cour a fait droit à ces deux demandes: elle a dit *a)* que l'émission du mandat d'arrêt et sa diffusion sur le plan international avaient constitué des violations d'une obligation juridique de la Belgique à l'égard de la République démocratique du Congo (par. 78, al. 2, du dispositif de l'arrêt) et *b)* que la Belgique devait, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat avait été diffusé (par. 78, al. 3, du dispositif de l'arrêt).

82. J'ai exposé, dans les deuxième, troisième et quatrième parties de la présente opinion dissidente, consacrées respectivement aux immunités, à la compétence et à l'existence d'un fait internationalement illicite, les raisons qui m'avaient amenée à voter contre l'alinéa 2 du paragraphe 2 du dispositif relatif à l'illicéité du mandat d'arrêt au regard du droit international: j'estime que le droit international positif ne faisait pas obligation à la Belgique d'accorder l'immunité à M. Yerodia dès lors que celui-ci était soupçonné de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité et que, de surcroît, la Belgique était tout à fait fondée à vouloir exercer, pour de tels crimes, sa compétence extraterritoriale à l'encontre de M. Yerodia.

83. Il me reste à expliquer pourquoi j'ai voté contre l'alinéa 3 du paragraphe 78 du dispositif, appelant la Belgique à mettre à néant et à «retirer de la circulation» le mandat litigieux. Même à admettre, pour les besoins de l'argumentation, que le mandat d'arrêt était illicite en l'an 2000, il ne l'était plus lorsque la Cour s'est prononcée en la présente espèce. La violation d'une obligation internationale qu'aurait commise la Belgique n'avait pas de caractère continu: elle a peut-être duré tant que M. Yerodia était en fonction, mais elle ne s'est pas perpétuée au-delà[154]. C'est pourquoi je pense que la Cour internationale de Justice ne peut demander à la Belgique de mettre à néant et de «retirer de la circulation» un acte qui ne revêt aujourd'hui aucun caractère illicite.

84. Dans son contre-mémoire et dans ses plaidoiries, la Belgique a soulevé trois exceptions préliminaires fondées sur le changement intervenu dans les fonctions de M. Yerodia. Selon la Belgique, le fait que M. Yerodia ne soit plus ministre aujourd'hui signifiait que: *a)* la Cour n'avait plus compétence pour connaître du différend, *b)* l'affaire était devenue sans objet et *c)* la requête du Congo n'était pas recevable. La Cour a rejeté ces trois exceptions préliminaires.

[154] Voir l'article 14 des projets d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite élaborés par la Commission du droit international (Nations Unies, doc. A/CN.4/L.602/Rev.1), relatif à l'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale, qui énonce:

> «1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.
>
> 2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.»

and its circulation through Interpol was contrary to international law and *(b)* a decision to the effect that Belgium should withdraw the warrant and its circulation. The Court granted both requests: it decided *(a)* that the issue and international circulation of the arrest warrant were in breach of a legal obligation of Belgium towards the Congo (Judgment, para. 78 (2) of the *dispositif*) and *(b)* that Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant and so inform the authorities to whom the warrant was issued (Judgment, para. 78 (3) of the *dispositif*).

82. I have, in Sections II (Immunities), III (Jurisdiction) and IV (Existence of an Internationally Wrongful Act) of my dissenting opinion, given the reasons why I voted against paragraph 78 (2) of the *dispositif* relating to the illegality, under international law, of the arrest warrant: I believe that Belgium was not, under positive international law, obliged to grant immunity to Mr. Yerodia on suspicions of war crimes and crimes against humanity and, moreover, I believe that Belgium was perfectly entitled to assert extraterritorial jurisdiction against Mr. Yerodia for such crimes.

83. I still need to give reasons for my vote against paragraph 78 (3) of the *dispositif*, calling for the cancellation and the "de-circulation" of the disputed arrest warrant. Even assuming, *arguendo*, that the arrest warrant was illegal in the year 2000, it was no longer illegal at the moment when the Court gave Judgment in this case. Belgium's alleged breach of an international obligation did not have a continuing character: it may have lasted as long as Mr. Yerodia was in office, but it did not continue in time thereafter[154]. For that reason, I believe the International Court of Justice cannot ask Belgium to cancel and "decirculate" an act that is not illegal today.

84. In its Counter-Memorial and pleadings, Belgium formulated three preliminary objections based on Mr. Yerodia's change of position. It argued that, due to Mr. Yerodia's ceasing to be a Minister today, the Court *(a)* no longer had jurisdiction to try the case, *(b)* that the case had become moot, and *(c)* that the Congo's Application was inadmissible. The Court dismissed all these preliminary objections.

[154] See Article 14 of the 2001 ILC Draft Articles on State Responsibility, United Nations doc. A/CN.4/L.602/Rev.1, concerning the extension in time of the breach of an international obligation, which states the following:

> "1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.
>
> 2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation . . ."

tant à tout Etat membre de l'Union européenne d'exécuter automatiquement les mandats d'arrêt émis dans un autre Etat membre de l'Union[149]. Actuellement, les mandats du genre de celui qui a été décerné par le juge belge à l'encontre de M. Yerodia ne sont pas automatiquement exécutoires en Europe.

Dans le cadre des relations interétatiques, lorsqu'un Etat veut s'assurer la présence de délinquants qui ne se trouvent pas sur son territoire, la démarche à suivre consiste à en demander *l'extradition*. C'est dans cette optique que doivent être examinés les effets juridiques du mandat d'arrêt belge dans les Etats tiers. Lorsqu'un juge décerne un mandat d'arrêt à l'encontre d'un suspect dont il pense qu'il se trouve à l'étranger, ce mandat peut déboucher sur une demande *d'extradition*, sans toutefois que cela soit automatique: c'est au gouvernement de demander ou non l'extradition[150]. Les demandes d'extradition sont souvent précédées d'une *demande d'arrestation provisoire aux fins d'extradition*. C'est là l'objet des *notices rouges d'Interpol*. Les notices rouges sont émises par Interpol à la demande d'un Etat souhaitant qu'un Etat tiers arrête provisoirement, en vue de l'extrader, la personne visée dans le mandat. Les Etats ne donnent cependant pas tous cet effet à une notice rouge d'Interpol[151].

Les demandes d'arrestation provisoire sont, à leur tour, souvent précédées d'une *demande de recherche internationale*, qui vise à localiser la personne désignée dans le mandat d'arrêt. Cette «communication» n'a pas l'effet d'une notice rouge et ne comprend pas de demande d'arrestation provisoire de la personne désignée. Certains pays peuvent refuser l'entrée sur leur territoire à une personne dont le nom a été diffusé par le biais d'Interpol ou qui a fait l'objet d'une demande d'émission de notice rouge. Cependant, il s'agit là d'une question de droit interne.

Les Etats peuvent également interdire la visite officielle de personnes soupçonnées de crimes au regard du droit international, en leur refusant

[149] Voir la *Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats Membres* (document COM(2001)522), disponible sur Internet: http://europa.eu.int/eur-lex. Une version modifiée en date du 10 décembre 2001 figure dans le document 14867/1/01 REV 1 COPEN 79 CATS 50.

[150] Souvent, les gouvernements s'abstiennent de demander l'extradition pour des raisons politiques, comme on l'a vu dans le cas de M. Ocalan, dont l'Allemagne a décidé de ne pas solliciter l'extradition auprès de l'Italie. Voir les comptes rendus publiés à ce sujet dans la presse: «Bonn stellt Auslieferungsersuchen für Öcalan zurück», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 novembre 1998, et «Die Bundesregierung verzichtet endgültig auf die Auslieferung des Kurdenführers Öcalan», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 novembre 1998.

[151] Interpol, secrétariat général, *Rapport sur la valeur juridique des notices rouges*, OIPC-Interpol, assemblée générale, 66e session, New Delhi, 15-21 octobre 1997, AGN/66/RAP/8, n° 8 «notices rouges», tel que modifié conformément à la résolution n° AGN/66/RES/7.

enforce each other's arrest warrants[149]. At present, warrants of the kind that the Belgian judge issued in the case of Mr. Yerodia are not automatically enforceable in Europe.

In inter-State relations, the proper way for States to obtain the presence of offenders who are not on their territory is through the process of *extradition*. The discussion about the legal effect of the Belgian arrest warrant in third States has to be seen from that perspective. When a judge issues an arrest warrant against a suspect whom he believes to be abroad, this warrant may lead to an *extradition* request. This is not automatic: it is up to the Government whether or not to request extradition[150]. Extradition requests are often preceded by a request for *provisional arrest for the purposes of extradition*. This is what the *Interpol Red Notices* are about. Red Notices are issued by Interpol on the request of a State which wishes to have the person named in the warrant provisionally arrested in a third State for the purposes of extradition. Not all States, however, give this effect to an Interpol Red Notice[151].

Requests for the provisional arrest are, in turn, often preceded by an *international tracing request*, which aims at localizing the person named in the arrest warrant. This "communication" does not have the effect of a Red Notice, and does not include a request for the provisional arrest of the person named in the warrant. Some countries may refuse access to a person whose name has been circulated in the Interpol system or against whom a Red Notice has been requested. This is, however, a question of domestic law.

States may also prohibit the official visits of persons who are suspected of international crimes refusing a visa, or by refusing accreditation if such

[149] See the *Proposal for a Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between the Member States*, COM(2001)522, available on the Internet: http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2001/en_501PC0522.pdf. An amended version can be found in: Council of the European Union, Outcome of Proceedings, 10 December 2001, 14867/1/01 REV 1 COPEN 79 CATS 50.

[150] Often, Governments refrain from requesting extradition for political reasons, as was shown in the case of Mr. Ocalan, where Germany decided not to proceed to request Mr. Ocalan's extradition from Italy. See Press Reports: "Bonn stellt Auslieferungsersuchen für Öcalan zurück", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 November 1998, and "Die Bundesregierung verzichtet endgültig auf die Auslieferung des Kurdenführers Öcalan", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 November 1998.

[151] Interpol, General Secretariat, *Rapport sur la valeur juridique des notices rouges*, ICPO-Interpol, General Assembly, 66th Session, New Delhi, 15-21 October 1997, AGN/66/RAP/8, No. 8 Red Notices, as amended pursuant to resolution No. AGN/66/RES/7.

J'ai voté en faveur de cette décision dans les trois cas. Je partage l
de la Cour lorsqu'elle conclut que la Belgique avait tort sur les quest
de *compétence* et de *recevabilité*. Il existe une solide jurisprudence
trant que, aux fins d'apprécier la *compétence* de la Cour pour conn
d'une affaire et la *recevabilité* d'une requête, la date pertinente est
du dépôt de cette dernière (en l'espèce, M. Yerodia était encore min
à cette date) et non celle du prononcé de l'arrêt de la Cour (M. Yer
n'était alors plus ministre). Ce principe ressort de plusieurs précéd
dont le plus notable est celui de l'affaire *Lockerbie*[155]. C'est pourqu
souscris aux sous-alinéas B) et D) de l'alinéa 1 du paragraphe 7
l'arrêt.

J'ai davantage hésité, en revanche, sur la question du *non-lieu*. La C
a estimé à ce sujet que la requête du Congo n'était «pas dépou
d'objet» (par. 78, al. 1, sous-alinéa C)). Il ne ressort pas de l'affaire *Lo*
bie que, aux fins d'apprécier le défaut d'objet d'un différend, la date
tinente soit celle du dépôt de la requête[156]. Une affaire peut être privé
son objet en raison d'un événement postérieur à ce dépôt. La ques
était donc de savoir si, dans la mesure où M. Yerodia n'exerçait pl
fonction de ministre des affaires étrangères, il y avait toujours lieu,
l'Etat défendeur, de rencontrer les moyens de l'Etat demandeur. Je p
que oui, pour la raison suivante: ce n'est pas parce qu'un acte prés
illicite a cessé d'être que son illicéité disparaît. De ce point de vu
pense que l'affaire n'était pas dépourvue d'objet. Cela n'est tout
valable que pour la première demande du Congo (prononcé d'un j
ment déclaratoire proclamant solennellement l'illicéité de la conduit
la Belgique). Concernant la deuxième demande du Congo, je pense
l'affaire était peut-être sans objet, du fait que M. Yerodia n'exerce pl
fonction de ministre aujourd'hui.

Si une violation du droit international a été commise en 2000 (ce q
conteste, pour les raisons exposées plus haut), elle n'existe certaine
plus aujourd'hui. Même en admettant que la Belgique ait manqué,
que cela lui était reproché, à une obligation internationale — si tan
que cette obligation existait, ce dont je doute —, il s'agissait en tout

[155] *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de*
résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-
exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 23, par. 38 (compétence), et
par. 44 (recevabilité). Voir également S. Rosenne, *The Law and Practice of the In*
tional Court, 1920-1996, 1997, vol. II, p. 521-522.

[156] Dans l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la co*
tion de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya
libyenne c. Royaume-Uni), la Cour a statué uniquement sur les questions de compé
ibid., exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 30, par. 53, al. 1)
recevabilité (*ibid.*, par. 53, al. 2), sans trancher celle du non-lieu (*ibid.*, p. 31, par. 53,
Le *ratio decidendi* de la Cour, dans ces alinéas 1 et 2 du paragraphe 53, est que la
pertinente aux fins d'apprécier la compétence et la recevabilité est celle du dépôt
requête. La Cour n'a formulé aucune observation analogue sur la question du no
(par. 53, al. 1).

I voted with the Court on these three points. I agree with the Court that Belgium was wrong on the points of *jurisdiction* and *admissibility*. There is well-established case law to the effect that the Court's jurisdiction to adjudicate a case and the admissibility of the Application must be determined on the date on which the Application was filed (when Mr. Yerodia was still a Minister), not on the date of the Judgment (when Mr. Yerodia had ceased to be a Minister). This follows from several precedents, the most important of which is the *Lockerbie* case[155]. I therefore agree with paragraph 78 (1) (B) and (D) of the Judgment.

I was, however, more hesitant on the subject of *mootness*, where the Court held that the Congo's Application was "not without object" (Judgment, para. 78 (1) (C)). It does not follow from *Lockerbie* that the question of mootness must be assessed on the date of the filing of the application[156]. An event subsequent to the filing of an application can still render a case moot. The question therefore was whether, given the fact that Mr. Yerodia is no longer a Foreign Minister today, there was still a case for the respondent State to answer. I think there was, for the following reason: it is not because an allegedly illegal act has ceased to continue in time that the illegality disappears. From that perspective, I think the case was not moot. This, however, is only true for the Congo's first claim (a declaratory judgment solemnly declaring the illegality of Belgium's act). However, I think the case might have been moot regarding the Congo's second claim, given the fact that Mr. Yerodia is no longer a Minister today.

If there was an infringement of international law in the year 2000 (which I do not think exists, for the reasons set out above), it has certainly ceased to exist today. Belgium's alleged breach of an international obligation, if such an obligation existed — which I doubt — was in any event a breach of an obligation not of a continuing character. If the

[155] *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United Kingdom), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1998*, p. 23, para. 38 (jurisdiction) and p. 26, para. 44 (admissibility). See further, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. II, 1997, pp. 521-522.

[156] In the *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya* v. *United Kingdom)* case the Court only decided on the points of jurisdiction (*ibid., Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 30, para. 53 (1)) and admissibility (*ibid.*, para. 53 (2)), not on mootness (*ibid.*, p. 31, para. 53 (3)). The *ratio decidendi* for paragraphs 53 (1) and (2) is that the relevant date for the assessment of both jurisdiction and admissibility is the date of the filing of the Application. The Court did not make such a statement in relation to mootness.

prendre en considération. Les éléments *subjectifs*, autrement dit la question de savoir si le mandat d'arrêt a produit un effet psychologique sur M. Yerodia ou s'il a été perçu comme une offense par le Congo (voir le terme *injuria* employé par Me Rigaux tout au long de sa plaidoirie, en octobre 2001[143], et les termes *capitis diminutio* employés par Me Vergès dans la sienne, en novembre 2000[144]), sont dépourvus de pertinence en l'espèce. Le mandat d'arrêt n'était susceptible d'avoir un effet juridique sur M. Yerodia en tant que particulier que dans la mesure où celui-ci se serait rendu à titre privé en Belgique, ce qui n'a pas été le cas.

75. Dans son dispositif (par. 78, al. 2, de l'arrêt), la Cour estime que la Belgique a méconnu l'immunité de juridiction pénale *et l'inviolabilité* des ministres des affaires étrangères en exercice. J'ai déjà exposé les raisons pour lesquelles j'estime qu'il n'y a pas eu violation des règles relatives à l'*immunité* de juridiction pénale. Il m'est difficile de comprendre comment, *au surplus* (la Cour utilisant le mot «et»), la Belgique aurait pu méconnaître l'*inviolabilité* de M. Yerodia par la seule diffusion d'un acte qui n'a jamais été exécuté.

L'arrêt n'explique pas ce qu'il entend par «inviolabilité», et se borne à accoler ce terme au mot «immunité». Ce peut être une source de confusion. La Cour estime-t-elle qu'il n'y a pas de différence entre un mandat *décerné* et un mandat *exécuté*? Cela signifierait-il que les enquêtes relatives à des accusations formulées à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères seraient contraires au principe de l'inviolabilité?

Il est clair que, en ce qui concerne les agents diplomatiques, qui jouissent d'une immunité et d'une inviolabilité absolues en vertu de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961[145], un crime qu'un diplomate est soupçonné d'avoir commis peut faire l'objet d'une enquête aussi longtemps que le diplomate n'est pas interrogé ou cité à comparaître en justice. M. Jean Salmon se prononce très clairement à cet égard[146]. M. Jonathan Brown note que, dans le cas d'un diplomate, un acte de citation *(issuance of a summons)* ou d'inculpation *(issuance of a charge)* méconnaîtrait probablement l'*immunité* du diplomate, alors que l'exécution de ces actes méconnaîtrait vraisemblablement son *inviolabilité*[147].

Si, de l'interprétation du dispositif de l'arrêt, il ressortait que le simple fait d'ouvrir une enquête au pénal à l'encontre de ministres des affaires étrangères méconnaît l'inviolabilité de ceux-ci, cela impliquerait que ces ministres jouissent d'une plus grande protection que les diplomates en vertu de la convention de Vienne. Cette protection irait clairement au-delà de ce qui est actuellement accepté en droit international à l'égard de diplomates.

---

[143] CR 2001/5, p. 14.

[144] CR 2000/32.

[145] Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95.

[146] J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 304.

[147] J. Brown, «Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations», *ICLQ*, 1988, vol. 37, p. 53.

at. The *subjective* elements, i.e., whether the warrant had a psychological effect on Mr. Yerodia or whether it was perceived as offensive by the Congo (cf. the term *injuria* used by Maître Rigaux throughout his pleadings in October 2001[143] and the term *capitis diminutio* used by Maître Vergès during his pleadings in November 2000[144]) was irrelevant for the dispute. The warrant only had a potential legal effect on Mr. Yerodia as a private person in case he would have visited Belgium privately, *quod non*.

75. In its *dispositif* (Judgment, para. 78 (2)), the Court finds that Belgium failed to respect the immunity from criminal jurisdiction *and inviolability* for incumbent Foreign Ministers. I have already explained why, in my opinion, there has been no infringement of the rules on *immunity* from criminal jurisdiction. I find it hard to see how, *in addition* (the Court using the word "and"), Belgium could have infringed the *inviolability* of Mr. Yerodia by the mere issuance of a warrant that was never enforced.

The Judgment does not explain what is meant by the word "inviolability", and simply juxtaposes it to the word "immunity". This may give rise to confusion. Does the Court put the *mere issuance* of an order on the same footing as the *actual enforcement* of the order? Would this also mean that the mere act of investigating criminal charges against a Foreign Minister would be contrary to the principle of inviolability?

Surely, in the case of diplomatic agents, who enjoy absolute immunity and inviolability under the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations[145], allegations of criminal offences may be investigated as long as the agent is not interrogated or served with an order to appear. This view is clearly stated by Jean Salmon[146]. Jonathan Brown notes that, in the case of a diplomat, the issuance of a charge or summons is probably contrary to the diplomat's *immunity*, whereas its execution would be likely to infringe the agent's *inviolability*[147].

If the Court's *dispositif* were to be interpreted as to mean that mere investigations of criminal charges against Foreign Ministers would infringe their *inviolability*, the implication would be that Foreign Ministers enjoy greater protection than diplomatic agents under the Vienna Convention. This would clearly go beyond what is accepted under international law in the case of diplomats.

[143] CR 2001/5, p. 14.

[144] CR 2000/32.

[145] Convention on Diplomatic Relations, Vienna, 18 April 1961, *UNTS*, Vol. 500, p. 95.

[146] J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 304.

[147] J. Brown, "Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations", 37 *ICLQ*, 1988, p. 53.

de cause de la violation d'une obligation non permanent
avait suivi jusqu'au bout son propre raisonnement sur les i
temporel entre la protection garantie par les immunités et
ministre des affaires étrangères), elle aurait logiquement co
lait rejeter les troisième et quatrième conclusions du Co
raison pour laquelle j'ai voté avec la Cour en faveur du sou
l'alinéa 1 du paragraphe 78 concernant l'exception prélim
lieu soulevée par la Belgique, mais que, contrairement à l
mes collègues, j'ai voté contre l'alinéa 3 du paragraphe 78

Je pense également, à supposer là encore que la Belgique
une obligation internationale, que la constatation de ce
dans l'arrêt suffisait à réparer le préjudice moral subi p
Même si un acte constituant une violation *avait* été commi
crois pas (il s'agissait de l'émission par un juge belge d'un m
ne contrevenant pas au droit international coutumier et n'a
jamais été exécuté), cet acte serait insignifiant en comparais
tion, par le Congo, de l'obligation qui est la sienne aux t
ticle 146 de la quatrième convention de Genève (à savoir en
crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis sur
en vue d'en poursuivre les auteurs). Le Congo n'avait p
propres» lorsqu'il s'est présenté devant la Cour[157] internat
tice, et sa requête aurait dû être rejetée. *De minimis non cu*

VI. Remarques finales

85. Pour les raisons exposées dans la présente opinion, j
Cour internationale de Justice a eu tort de dire qu'une
international coutumier confère, vis-à-vis d'Etats tiers,
pénale aux ministres des affaires étrangères en exercice soupç
commis des crimes de guerre et des crimes contre l'huma
international coutumier ne prévoit rien de tel. La Cour n'a
le juste milieu qui importait tant en l'espèce. En adoptant
minimaliste et formaliste, elle a privilégié *de facto* l'intérêt
est de favoriser la conduite de relations internationales, au
l'intérêt de la communauté internationale, qui est d'assure
du principe selon lequel les dignitaires d'Etat soupçonnés
guerre et de crimes contre l'humanité sont tenus de rend
leurs actes sur le plan international.

86. La loi belge de 1993/1999 va peut-être trop loin et il
blement sage, d'un point de vue politique, de prévoir des
procédure en faveur des étrangers ou de restreindre l'exerc
pétence universelle. Il se peut que la Belgique fasse preuve

[157] Voir ci-dessus, par. 35.

[158] Ce concept n'est pas égal au « *de minimis non curat praetor* » en
Voir, sur *de minimis non curat lex*, *Black's Law Dictionary*.

Court would take its own reasoning about immunities to its logical conclusion (the temporal linkage between the protection of immunities and the function of the Foreign Minister), then it should have reached the conclusion that the Congo's third and fourth submissions should have been rejected. This is why I have voted with the Court on paragraph 78 (1) (C) concerning Belgium's preliminary objection regarding mootness, but against the Court on paragraph 78 (3) of the *dispositif*.

I also believe, assuming again that there has been an infringement of an international obligation by Belgium, that the declaratory part of the Judgment should have sufficed as reparation for the moral injury suffered by Congo. If there *was* an act constituting an infringement, which I do not believe exists (a Belgian arrest warrant that was not contrary to customary international law and that was moreover never enforced), it was trivial in comparison with the Congo's failure to comply with its obligation under Article 146 of the IV Geneva Convention (investigating and prosecuting charges of war crimes and crimes against humanity committed on its territory). The Congo did not come to the International Court with clean hands[157], and its Application should have been rejected. *De minimis non curat lex*[158].

VI. Final Observations

85. For the reasons set out in this opinion, I think the International Court of Justice has erred in finding that there is a rule of customary international law protecting incumbent Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity from the criminal process in other States. No such rule of customary international law exists. The Court has not engaged in the balancing exercise that was crucial for the present dispute. Adopting a minimist and formalistic approach, the Court has *de facto* balanced in favour of the interests of States in conducting international relations, not the international community's interest in asserting international accountability of State officials suspected of war crimes and crimes against humanity.

86. The Belgian 1993/1999 Act may go too far and it may be politically wise to provide procedural restrictions for foreign dignitaries or to restrict the exercise of universal jurisdiction. Proposals to this effect are under study in Belgium. Belgium may be naive in trying to be a forerunner in

[157] See *supra*, para. 35.

[158] This expression is not synonymous with *de minimis non curat practor* in civil law systems. See *Black's Law Dictionary*.

tage de droits procéduraux aux victimes, que celles-ci soient belges ou étrangères. Ce faisant, la Belgique a également ouvert ses tribunaux aux victimes portant plainte pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis à l'étranger. Cette nouvelle législation a été appliquée non seulement dans le cas de M. Yerodia, mais également dans le cadre d'affaires contre M. Pinochet, M. Sharon, M. Rafsandjani, M. Hissène Habré, M. Fidel Castro, etc. Il serait donc faux d'affirmer que la loi sur les crimes de guerre a été appliquée de manière discriminatoire à l'encontre d'un ressortissant congolais.

Il se peut, dans l'abstrait, que l'argument du chaos soit pertinent. Ce risque existe peut-être, et la Cour aurait pu, de manière légitime, mettre en garde contre ce risque dans son arrêt sans pour autant conclure qu'il existe une règle de droit international coutumier reconnaissant l'immunité aux ministres des affaires étrangères. Accorder des immunités aux ministres des affaires étrangères pourrait, en revanche, ouvrir la voie à d'autres sortes d'abus. Cela revient à accroître de manière extraordinaire le nombre de personnes bénéficiant d'une immunité de juridiction internationale. De là à reconnaître des immunités aux autres membres de gouvernement, il n'y a qu'un pas: dans la société actuelle, tous les membres de cabinet représentent leur pays dans diverses réunions. Si le ministre des affaires étrangères a besoin d'immunités pour exercer ses fonctions, pourquoi ne pas également les accorder aux autres membres du gouvernement? Certes, la Cour internationale de Justice ne déclare rien de tel, mais cette conclusion ne s'impose-t-elle pas d'elle-même lorsque la Cour conclut que les ministres des affaires étrangères sont des personnes protégées? La raison pour laquelle la Cour assimile les ministres des affaires étrangères aux agents diplomatiques et aux chefs d'Etat, qui est au cœur de son raisonnement, est également valable s'agissant des autres ministres qui représentent officiellement l'Etat, par exemple les ministres de l'éducation qui assistent aux conférences de l'Unesco à New York ou tout autre ministre recevant le titre de docteur *honoris causa* à l'étranger. Des gouvernements pourraient, à leur escient, nommer à des postes ministériels des personnes soupçonnées d'avoir commis de graves violations des droits de l'homme afin de les mettre à l'abri de poursuites à l'étranger. Il se peut que la Cour internationale de Justice, en essayant de refermer une boîte de Pandore par crainte du chaos et des abus, en ait ouvert une autre, avec le risque de conférer l'immunité, et donc l'impunité *de facto*, à un nombre croissant de représentants de gouvernement.

(*Signé*) Christine VAN DEN WYNGAERT.

ing charges based on war crimes and crimes against humanity committed abroad. This new legislation has been applied not only in the case against Mr. Yerodia but also in cases against Mr. Pinochet, Mr. Sharon, Mr. Rafzanjani, Mr. Hissen Habré, Mr. Fidel Castro, etc. It would therefore be wrong to say that the War Crimes Statute has been applied against a Congolese national in a discriminatory way.

In the abstract, the chaos argument may be pertinent. This risk may exist, and the Court could have legitimately warned against this risk in its Judgment without necessarily reaching the conclusion that a rule of customary international law exists to the effect of granting immunity to Foreign Ministers. However, granting immunities to incumbent Foreign Ministers may open the door to other sorts of abuse. It dramatically increases the number of persons that enjoy international immunity from jurisdiction. Recognizing immunities for other members of government is just one step further: in present-day society, all Cabinet members represent their countries in various meetings. If Foreign Ministers need immunities to perform their functions, why not grant immunities to other Cabinet members as well? The International Court of Justice does not state this, but doesn't this flow from its reasoning leading to the conclusion that Foreign Ministers are immune? The rationale for assimilating Foreign Ministers with diplomatic agents and Heads of State, which is at the centre of the Court's reasoning, also exists for other Ministers who represent the State officially, for example, Ministers of Education who have to attend Unesco conferences in New York or other Ministers receiving honorary doctorates abroad. *Male fide* Governments may appoint persons to Cabinet posts in order to shelter them from prosecutions on charges of international crimes. Perhaps the International Court of Justice, in its effort to close one Pandora's box for fear of chaos and abuse, has opened another one: that of granting immunity and thus *de facto* impunity to an increasing number of government officials.

(*Signed*) Christine VAN DEN WYNGAERT.

cherchant à se placer à l'avant-garde de la répression des crimes de droit international et en défendant l'idée que, à défaut d'intervention de l'Etat territorial, il appartient aux Etats tiers d'ouvrir aux victimes des voies de droit. La Belgique a peut-être tort, d'un point de vue politique, de vouloir transposer l'idée de simulacre de procès (statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale — principe de complémentarité (art. 17)) à des situations régies par le principe « *aut dedere aut judicare* »[159]. Toutefois, la question pour la Cour n'est pas de savoir si la Belgique fait preuve de naïveté ou de sagesse politique, ni même si la courtoisie internationale exigerait une application plus stricte de la compétence universelle ou davantage de respect pour les dignitaires étrangers. La question était de savoir si la Belgique avait méconnu une obligation en vertu du droit international à ne pas décerner et faire circuler un mandat d'arrêt pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité contre un ministre des affaires étrangères en fonction.

87. Peut-être cet arrêt vise-t-il, de manière implicite, à éviter d'ouvrir la voie aux abus et au chaos, la Cour craignant que les Etats n'invoquent sans cesse la compétence universelle pour engager des poursuites abusives contre les ministres des affaires étrangères en exercice d'autres Etats, paralysant ainsi le fonctionnement de ces derniers. L'argument de la « *monstrueuse cacophonie* »[160] était très présent dans le mémoire et les plaidoiries du Congo. Il peut se résumer ainsi : si les Etats engageaient des poursuites contre les membres de gouvernements étrangers sans égard pour les immunités qui leur sont reconnues, la situation ne tarderait pas à devenir chaotique ; de même, si les Etats invoquaient de manière outrancière la compétence universelle en l'absence d'un quelconque lien avec leur ordre juridique interne, des tensions politiques pourraient naître sur le plan international.

Dans la présente affaire, aucune allégation d'abus de procédure n'a été portée à l'encontre de la Belgique. La procédure pénale engagée contre M. Yerodia n'était ni inconséquente, ni abusive. Le mandat a été émis après deux ans d'instruction pénale et nul n'a accusé le juge d'instruction qui l'a décerné d'avoir fondé sa décision sur des faits erronés. L'accusation selon laquelle la Belgique aurait appliqué sa loi sur les crimes de guerre de manière insultante et discriminatoire à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères congolais était manifestement mal fondée. La Belgique souhaite — à tort ou à raison — se faire le bras de la communauté internationale en permettant aux étrangers de porter plainte contre de graves violations des droits de l'homme dont ils ont été victimes à l'étranger. Depuis la tristement célèbre affaire Dutroux (une affaire de sévices sur enfants qui a canalisé l'attention des médias à la fin des années quatre-vingt-dix), la Belgique a amendé ses lois afin d'accorder davan-

[159] Voir ci-dessus, par. 37.

[160] J. Verhoeven, « M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle », *Journal des tribunaux*, 1999, p. 315 ; J. Verhoeven, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 55.

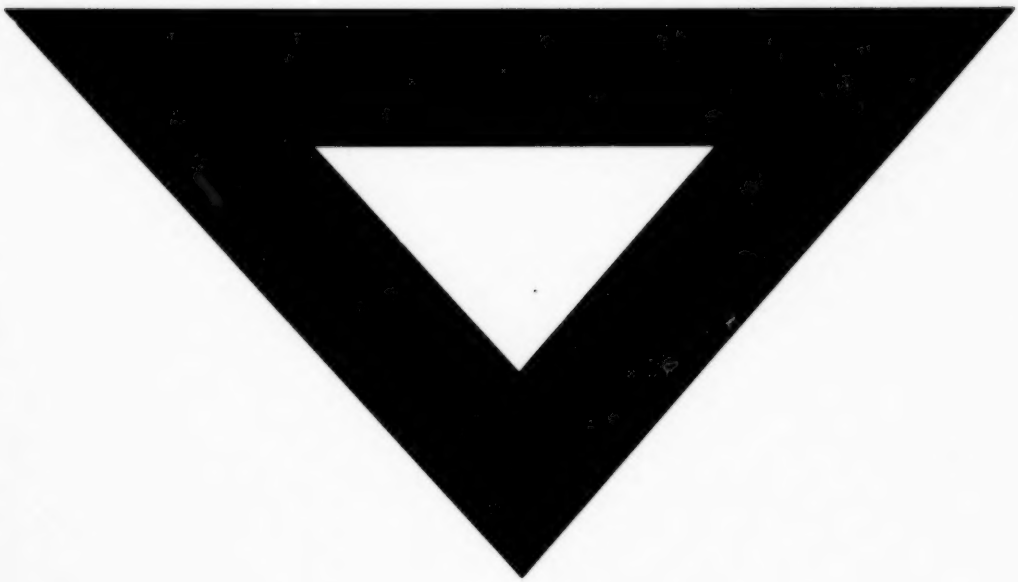
the suppression of international crimes and in substantiating the view that, where the territorial State fails to take action, it is the responsibility of third States to offer a forum to victims. It may be politically wrong in its efforts to transpose the "sham trial" exception to complementarity in the Rome Statute for an International Criminal Court (Art. 17)[159] into *"aut dedere aut judicare"* situations. However, the question that was before the Court was not whether Belgium is naive or has acted in a politically wise manner or whether international comity would command a stricter application of universal jurisdiction or a greater respect for foreign dignitaries. The question was whether Belgium had violated an obligation under international law to refrain from issuing and circulating an arrest warrant on charges of war crimes and crimes against humanity against an incumbent Foreign Minister.

87. An implicit consideration behind this Judgment may have been a concern for abuse and chaos, arising from the risk of States asserting unbridled universal jurisdiction and engaging in abusive prosecutions against incumbent Foreign Ministers of other States and thus paralysing the functioning of these States. The *"monstrous cacophony"* argument[160] was very present in the Congo's Memorial and pleadings. The argument can be summarized as follows: if a State would prosecute members of foreign Governments without respecting their immunities, chaos will be the result; likewise, if States exercise unbridled universal jurisdiction without any point of linkage to the domestic legal order, there is a danger for political tensions between States.

In the present dispute, there was no allegation of abuse of process on the part of Belgium. Criminal proceedings against Mr. Yerodia were not frivolous or abusive. The warrant was issued after two years of criminal investigations and there were no allegations that the investigating judge who issued it acted on false factual evidence. The accusation that Belgium applied its War Crimes Statute in an offensive and discriminatory manner against a Congolese Foreign Minister was manifestly ill founded. Belgium, rightly or wrongly, wishes to act as an agent of the world community by allowing complaints brought by foreign victims of serious human rights abuses committed abroad. Since the infamous *Dutroux* case (a case of child molestation attracting great media attention in the late 1990s), Belgium has amended its laws in order to improve victims' procedural rights, without discriminating between Belgian and foreign victims. In doing so, Belgium has also opened its courts to victims bring-

[159] See *supra*, para. 37.

[160] J. Verhoeven, "M. Pinochet, la coutume internationale et la competence universelle", *Journal des tribunaux*, 1999, p. 315; J. Verhoeven, "Vers un ordre répressif universel? Quelques observations", *AFDI*, 1999, p. 55.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070940-3